Decis. 54 9
(1

Digitized by Google

<36635866900016

<36635866900016

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Juristische Abhandlungen

mit

Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands.

Von

A. Heise,
Präsidenten;

und

F. Cropp,
Rath bei dem Oberappellationsgerichte.

Erster Band.

Hamburg,
bei Friedrich Perthes.

1827.

Heise
Juristische
Abhandlungen
1
93 f

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Vorrede.

In neuerer Zeit sind freilich so viele Rechtssprüche der höchsten Gerichtshöfe deutscher Bundes-Staaten, wohl gar in eigends dafür angelegten Jahrbüchern, in Druck gegeben worden, daß eine Vermehrung derselben als höchst überflüssig, und in mancher Hinsicht sogar als nachtheilig für die Cultur des Rechts erscheinen dürfte. Allein der eigentliche Zweck des vorliegenden Werks ist auch durchaus nicht auf eine Sammlung von Rechtsfällen und Urtheilssprüchen, sondern vielmehr auf die wissenschaftliche Erörterung einzelner practisch wichtiger Gegenstände, vorzüglich des Handelsrechts und des germanischen Rechts, gerichtet, wobei von den bei dem hiesigen Oberappellationsgerichte vorgekommenen Fällen und Entscheidungen nur in so weit Gebrauch gemacht worden ist, als dies nützlich schien, um den theoretischen Entwickelungen Klarheit und Anschaulichkeit zu geben, und um die wahre Bedeutung und richtige Anwendung der auf-

Digitized by Google

gestellten Grundsätze zu erläutern, in welcher Hinsicht namentlich im Handelsrechte die Benutzung einzelner merkwürdiger Fälle kaum entbehrt werden kann. Zu manchen der nachstehenden Abhandlungen, wie z. B. zu Nr. XI, XII und XXIII, haben daher die beim Oberappellationsgerichte vorgekommenen Rechtsfälle nur eine sehr entfernte Veranlassung gegeben, und auch da, wo wirklich einer oder mehrere solcher Fälle die Grundlage der ganzen Erörterung gewesen sind, hat doch deren Bearbeitung durch eine genauere historische und wissenschaftliche Begründung der aufgestellten Sätze, durch Zurückführung des Concreten auf allgemeinere Ansichten, und durch Beseitigung unwichtiger Nebenpunkte eine ganz veränderte Gestalt gewonnen, so daß auch hier die Darstellung im Ganzen lediglich dem Verfasser der Abhandlungen angehört.

Das Oberappellationsgericht als solches hat daher von dem, was diese Abhandlungen enthalten, einzig dasjenige zu vertreten, was ausdrücklich als dessen Entscheidung oder von ihm angenommener Grundsatz aufgeführt worden ist. Alles übrige ist lediglich die Privatarbeit des Verfassers, welche seine Ansichten

Digitized by Google

und Gründe enthält, und wobei man keineswegs mit Sicherheit darauf zählen kann, daß das Gericht in künftig vorkommenden Fällen denselben beipflichten werde.

Indessen sind allerdings bei der Ausarbeitung der vorliegenden Abhandlungen die Vorträge und Abstimmungen der übrigen Mitglieder des Oberappellationsgerichts und die darin enthaltenen Ideen und Forschungen vielfach benutzt worden. Es würde unverantwortlich gewesen seyn, wenn ein Schriftsteller, der des Vorzugs genießt, mit so vorzüglichen Männern zu arbeiten, als deren das hiesige Oberappellationsgericht sich rühmen kann, hätte versäumen wollen, von den Einsichten und Forschungen derselben Gebrauch zu machen, während ihr uneigennütziger Eifer für die Wissenschaft ihm einen solchen Gebrauch mit der größten Bereitwilligkeit gestattete. Daher ist ein erheblicher Theil des Guten, welches sich in diesem Buche finden möchte, als deren Eigenthum anzusehen.

Obgleich übrigens der Titel dieses Werks zwei Herausgeber nennt, und der Plan desselben wirklich zwischen Beiden berathen und verabredet, auch manches

Digitized by Google

Einzelne unter ihnen besprochen worden ist, so rührt doch nicht nur die Idee des Unternehmens zunächst von dem Zweiten her, sondern es ist auch der gegenwärtige Band, mit alleiniger Ausnahme von Nr. XXVIII, nur von diesem ausgearbeitet worden, indem eine ganz ungewöhnliche Ueberhäufung mit Amtsgeschäften es dem Ersten unmöglich gemacht hat, an diesem Bande auch nur den beschränkteren Antheil zu nehmen, welcher anfangs beabsichtigt war, und deshalb ein Paar von ihm übernommene Beiträge für den zweiten Band haben ausgesetzt bleiben müssen.

Lübeck, im Junius 1827.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

I. Von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen ..... S. 1—29

Feststellung der Frage (§. 1.) Erörterung derselben 1) wenn die Eheleute getrennte Güter haben; (§. 2. 3.); 2) wenn sie in Gütergemeinschaft leben, oder doch das Vermögen der Frau unter der Verwaltung des Mannes steht; (§. 4, 5.), insonderheit, wo eine cura sexus besteht, (§. 6—8.), dazu ein Rechtsfall aus Hamburg (§. 9.); und wo keine cura sexus gilt, wie namentlich in Frankfurt am Main (§. 10—17.). Rechtsfall von dort (§. 18.).

II. Von der Einzeugung der Handelsfrauen in Lübeck S. 30—53

Verfahren bei der Einzeugung (§. 1.). Sie ist weder nach den Gesetzen (§. 2—9.), noch nach dem Herkommen nothwendig (§. 10—15.). Rechtsfall (§. 16.).

III. Vom Stoßen im Sinne der Pläne der Assecuranzcompagnien ..... S. 54—64

Veranlassung und Zweck der Clauseln, daß entweder nur die Hälfte oder gar nichts bezahlt wird, wenn das Schiff nicht gestoßen hat (§. 1—3.). Auslegung derselben, namentlich in der Anwendung auf einen concreten Fall. (§. 4—9.).

IV. Vom Strandungsfalle im Sinne der Pläne der Assecuranzcompagnien ..... S. 65—88

Veranlassung der Clausel: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" (§. 1, 2.). Erfordernisse eines Stran-

Digitized by Google

dungsfalles (§. 3 — 19.). Rechtsfall. (§. 14 — 16). Anwendung der Clausel (§. 17.), und Wirkung derselben bei eingetretenem Strandungsfalle. (§. 18, 19.).

V. Pflicht des auswärtigen Ordergebers einer Versicherung, den eingetretenen Unfall schleunigst einzuberichten ..... S. 89 — 94

VI. Von dem besseren Beweise durch Nachverklarungen und durch nochmalige Abhörung der Schiffsmannschaft als förmlicher Zeugen ..... S. 95 — 103

Unstatthaftigkeit der Nachverklarungen (§. 1 — 4.). Zulässigkeit der Schiffsleute als Zeugen, mit zwei Präjudicaten. (§. 5 — 7.).

VII. Von Urkunden mit Interlineaturen und Zusätzen am Rande ..... S. 104 — 112

Sie annulliren die Urkunde nicht, liefern aber durch sich selbst keinen vollen Beweis (§. 1, 2.). Beweislast hinsichtlich ihrer, durch zwei Rechtsfälle erläutert (§. 3 — 7.).

VIII. Beweiskraft einer Urkunde gegen den Producenten ..... S. 113 — 128

Gewöhnliche Theorie und deren Resultate (§. 1, 2.). Bedenken dagegen und Entwickelung der gesetzlichen Prinzipe (§. 3 — 10.). Anwendung derselben in mehreren Fällen. (§. 11, 12.).

IX. Von dem Gerichtsstande der belegenen Sache bei Theilungsklagen, und bei Grundstücken, die in verschiedenen Territorien belegen sind ..... S. 129 — 143

Rechtsfall (§. 1.). Die actio communi dividundo und die andern Theilungsklagen können in foro rei sitae nicht angestellt werden, (§. 2 — 6.); am wenigsten, wenn das zu theilende Grundstück in zwei Territorien belegen ist. (§. 7 — 10.).

Digitized by Google

X. Nothwendigkeit und Form der Verzichte intercedirender Weiber auf ihre weiblichen Gerechtsame, besonders nach statutarischen Rechten, wo cura sexus gilt ..... S. 144—162

Das ächte germanische Recht hat keine besondere Formen für die Interceſſionen der Weiber (§. 1—3.); die neueren Statuten aber, namentlich die von Hamburg und Lübeck, haben in dem Stücke das römische Recht neben das germanische gestellt. Folge hievon für das Recht. (§. 4—6.). Statthaftigkeit unbeschworner Verzichte auf das SCtum Vellei. zwar nicht nach gemeinem Rechte, aber doch nach einer alten sehr verbreiteten Meinung und nach der Praxis jener Städte. (§. 7—13.).

XI. Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach germanischen Rechten ..... S. 163—186

Der Verkäufer haftete nach germanischem Rechte nur für verheimlichte Hauptmängel während einer kurzen Frist. (§. 1—4.). So namentlich im älteren lübischen und hamburgischen Rechte nur bis die Waare beſehen und von dem Käufer in seine Were gebracht war. Ueberbleibsel dieſes Rechts in den revidirten Statuten, und Entwickelung der hamburgischen Statuten II, 8. Art. 17. (§. 5—14.).

XII. Vom Handel auf Beſicht ..... S. 187—207

Davon kann der Käufer vor der Genehmigung nach Gefallen zurücktreten (§. 1.). Er ist im Zweifel sub conditione suspensiva (§. 2—5.). Nähere Rechtsverhältniſſe daraus (§. 6—12.)

XIII. Vom Handel nach Probe ..... S. 208—224

Gebrauch der Clauſel „nach Probe" (§. 1.). Sie enthält ein dictum promissum (§. 2.). Verpflichtung die Probe aufzubewahren (§. 3, 4.) aber Befugniß ſie

Digitized by Google

ohne Gefährde anzubrechen. Dazu ein Präjudicat. (§. 5, 6.). Forderung des Interesse, wenn sie nicht Probe hält, mit einem Präjudicate (§. 7.). Beweis über die Identität der Probe, und ein Rechtsfall darüber (§. 8, 9.). Verbindung der Clausel „nach Probe" mit der „auf Besicht", durch einen Rechtsfall erläutert. (§. 10—12.).

XIV. Ueber das Versprechen gerichtlicher Vertretung. (Cautio defensum iri.) ..... S. 225—265

Einleitung (§. 1.). Es verpflichtet den Promittenten zur Uebernahme des Rechtsstreits für den Andern; und Wirkungen dieser Uebernahme. (§. 2—7.). Fälle, wo diese Caution in den Gesetzen zur Anwendung gebracht wird, mit einem Präjudicate des Oberappellationsgerichts. (§. 8—12.). Rechte des Stipulator 1) wenn er die Führung des Prozesses selbst behält, besonders bei einer Verurtheilung iniuria iudicis. (§. 13—15.); 2) wenn er vom Promittenten Vertretung fordert, und dieser sie leistet oder verweigert (§. 16—18.). Rechtsfall hierüber. (§. 19, 20.).

XV. Von dem Vorbehalte der Eidesdelation innerhalb der Beweisfrist ..... S. 266—282

Unstatthaftigkeit derselben nach sächsischem Prozesse. (§. 1.). Nach gemeinem Rechte muß zwar auch die eventuelle Eidesdelation innerhalb der Beweisfrist zur Hand genommen werden. (§. 2—5.); aber es genügt ein allgemeiner Vorbehalt derselben. (§. 6—8.).

XVI. Giebt es nach deutschem, und insonderheit nach frankfurtischem Rechte, eine potestas der Mutter über ihre Kinder? ..... S. 283—313

Gründe für die Bejahung der Frage. (§. 1—3.). Widerlegung derselben aus dem germanischen Rechte über-

Digitized by Google

haupt (§. 4 — 9.); und insbesondere nach dem frankfurtischen Rechte (§. 10 — 14.).

XVII. Einige Bemerkungen über die Caution für die Gerichtskosten..... S. 314—324

Auch der Provocat muß sie bestellen (§. 1. — 4.); und eben so ein klagender Concurscurator (§. 5 — 7.), beides mit Präjudicaten.

XVIII. Ueber literarum obligatio, cautio indiscreta und pecunia cauta non numerata..... S. 325 — 386

Rechtfertigung dieser Zusammenstellung, und Angabe des Gesichtspunktes, nebst einer Vergleichung mit dem Rechte der Stipulationen. (§. 1 — 3.). Literarum obligatio nach heutigem römischen Rechte, und dagegen exceptio non numeratae pecuniae (§. 4 — 11.). Cautio die über eine frühere Schuld ausgestellt ist, und dabei namentlich von der cautio indiscreta (§. 12 — 21). Rechtsfälle. (§. 22, 23.). Exceptio non numeratae pecuniae und indiscrete Fassung der cautio bei Wechseln (§. 24.); bei Insatzbriefen in Frankfurt, wobei ein Präjudicat (§. 25.), und bei den Häuserposten nach lübischem und hamburgischem Rechte (§. 26 — 30.). Bei der querela und exceptio non numeratae pecuniae ist nach dem Ablaufe des biennii kein Beweis, das Geld nicht ausgezahlt erhalten zu haben, mehr zulässig; hiebei ein Präjudicat (§. 31 — 34.).

XIX. Von der Gültigkeit und der Kraft stillschweigender und Privat-Hypotheken an Immobilien nach hamburgischem Rechte..... S. 387 — 414

Allgemeine Grundsätze über den Erwerb von Liegenschaften und von Pfandrechten daran nach germanischem Rechte. (§. 1, 2.). Besondere Vorschriften des hambur-

Digitized by Google

gischen Rechts (§. 3, 4.). Wirksamkeit von stillschweigenden und Privat-Hypotheken nach demselben Rechte gegen Dritte (§. 5 — 7.); aber beschränkte Dauer dieser Wirksamkeit. (§. 8 — 11.) Verbot der Impugnationen in Hamburg, und Einfluß dieses Verbots auf das ältere Recht, mit einem Rechtsfalle (§. 12 — 18.).

XX. Retentionsrecht an einer fremden Sache, die Schaden zugefügt hat ..... S. 415 — 424

Wer seine schadende Sache aus dem Gewahrsam des Andern zurückfordert, muß diesem cautionem de damno infecto (§. 1.), und auch de damno iam facto bestellen (§. 2 — 5.); dagegen aber giebt es wider ihn, wenn er nicht in culpa ist, keine Klage auf Schadenersatz (§. 6.). Rechtsfall. (§. 7.).

XXI. Wann ist auf Credit verkauft? ..... S. 425 — 432

Unbestrittene Fälle (§. 1.). Bestrittene und deren Entscheidung, mit einem Rechtsfalle (§. 2 — 4.).

XXII. Von der Einklagung rückständiger Zubußen nach dem Abbau ..... S. 433 — 441

Der Abbau befreiet von künftigen Zubußen (§. 1.); aber nicht von früher verfallenen, mit einem Präjudicate (§. 2 — 5.).

XXIII. Von der Verpflichtung der Rheder und Befrachter aus Verträgen und Versehen des Schiffers S. 442 — 503

Einleitung (§. 1, 2.). Stellung des Schiffers nach römischem Rechte. (§. 3.). Abweichungen davon im heutigen Seerechte. (§. 4.) Erste Abweichung; kein solidarisches Haften mehrerer Rheder, sondern nur nach Maaßgabe ihrer Schiffsparte (§. 5.). Zweite Abweichung; große Verschiedenheiten der Befugnisse des

Digitized by Google

Schiffers am Wohnorte der Rheder und im Auslande, mit einem Rechtsfalle (§. 6—14.). Dritte Abweichung; nur beschränktes Haften aus Verträgen des Schiffers im Auslande, und aus Versehen und Delicten desselben. Hierüber Grundsätze des spanischen, französischen, niederländischen, englischen, wisbyischen, dänischen, schwedischen, russischen, preußischen und hanseatischen Seerechts; nebst einigen allgemeinen Resultaten (§. 14—36.).

XXIV. Vom correspondirenden Rheder..... S. 504—534

Veranlassung seiner Bestellung (§. 1.). Er ist der Factor der übrigen Rheder (§. 2.); hat keine Befugniß das Schiff zu verkaufen oder versichern zu lassen (§. 3.); führt die Beschlüsse der Rhederei aus (§. 4.); darf aber im Uebrigen, ohne deren besondere Vollmacht, nur die laufenden Geschäfte besorgen. (§. 5—17.). Rechtsfall. (§. 18.).

XXV. Müssen auch bei einem Platzwechsel die Vormänner von dem erhobenen Proteste benachrichtigt werden?..... S. 535—544

Benachrichtigung der Vormänner vom Wechselproteste überhaupt, und namentlich nach hamburgischem Rechte. (§. 1, 2.). Anwendung dieser Grundsätze auf einen Platzwechsel, mit einem Präjudicate. (§. 3—7.).

XXVI. Beitrag zur Lehre von den Wechselcopien. S. 545—563

Veranlassungen der Wechselduplikate und Copien (§. 1.). Vergleichung des Rechtsverhältnisses beider mit einander (§. 2—4.). Erörterung der Frage, ob der Inhaber der Copie nach versäumtem Proteste noch das Original fordern kann, durch einen Rechtsfall. (§. 5—11.)

XXVII. Pflichten des Inhabers eines domiciliirten Wechsels..... S. 564—577

Digitized by Google

Zweck der Domiciliirung von Wechseln und weiteres Verfahren dabei (§. 1.). Pflicht des Inhabers, bei Verlust seines Regresses auch an den Acceptanten, die Zahlung zur Verfallzeit im Domicil zu fordern, mit einem Rechtsfall. (§. 2 — 8.).

XXVIII. Große Havarei bei mit Ballast fahrenden Schiffen..... S. 576 — 591

Prinzip bei der großen Havarei, Anwendung desselben auf den obigen Fall, und praktisches Interesse davon (§. 1, 2.). Rechtsfall und dessen Beurtheilung (§. 3 — 8.). Allgemeines Prinzip daraus für Versicherungen. (§. 9, 10.).

Digitized by Google

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I.

Von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen.

§. 1.

Es ist ein anerkannter Grundsatz, daß nicht bloß unverheirathete, sondern eben so gut auch verheirathete Frauenzimmer Handelsfrauen seyn, und sich als solche durch Handelsgeschäfte eben so rechtsbeständig als Männer verpflichten können, ohne daß es hiebei der Zuziehung des Geschlechtsvormundes bedarf, wo diese auch sonst erforderlich ist. Allein zweifelhafter, und in den Gesetzen keinesweges auf gleichmäßige Weise entschieden, auch von den Schriftstellern durchaus nicht übereinstimmend beurtheilt ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen einer Ehefrau die Qualität einer Handelsfrau zukomme? Freilich, treibt nur sie Handel, ihr Ehemann nicht, oder steht sie einer von der ihres Ehemannes abgesonderten Handlung vor, so leidet die Sache keinen Anstand; aber wie, wenn sie neben ihrem Manne sich desselben Geschäftes annimt? — Hier kommt es vor allen Dingen darauf an, ob die Eheleute mit einander in getrennten Güterverhältnissen nach Dotalrecht, oder ob sie in Gemeinschaft der Güter, dieses im weiteren Sinne des Worts genommen, leben.

§. 2.

Ist Ersteres der Fall, so muß man weiter unterscheiden,

Digitized by Google

ob die Frau als Handelsgesellschafterin, oder ob sie nur als Gehülfin des Mannes sich der Geschäfte angenommen hat. In jenem Falle haftet sie ohne Zweifel als Handelsfrau, und zwar nach den bei der collectiven Societät, von der hier allein die Rede ist, geltenden Grundsätzen, nicht bloß aus den von ihr selbst, sondern auch aus den von ihrem Ehemanne eingegangenen Handelsgeschäften, denn dieses würde unbedenklich das Rechtsverhältniß seyn, wenn sie mit einem Dritten in einer Handelssocietät stände, und daß ihrem Gesellschafter zugleich die Qualität des Ehemannes beikommt, kann daran nichts ändern [1]). Ist hingegen die Frau bloß Gehülfin ihres Mannes, so treffen sie auf keinen Fall die von diesem eingegangenen Verbindlichkeiten; aber auch aus den, von ihr selbst geschlossenen Geschäften haftet sie nicht als Handelsfrau, denn das ist nur das Weib, welches für eigene Rechnung Handel treibt; sondern nur insoweit, als der Factor aus den von ihm contrahirten Geschäften des Prinzipals gehalten ist [2]), und

---

[1]) Gail observat. II. 90 nr. 5. Franck instit. iur. cambial. lib. 1 sect. 1 tit. 9 th. 10. Ludovici D. de muliere cambiante §. 2. (Besecke thesaur. iur. camb. Tom. 1 pag. 600). Lauterbach D. de iure in curia mercatorum usitato th. 50. Riccius exercit. iur. camb. ex. 5 sect. 2. §. 16, 23, 26, 55, 59, 61. Pardessus cours de droit commercial P. 1. tit. 2. th. 1. sect. 2. nr. 65. med. Tom. 1. pag. 315. ed. 3. Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 495.

[2]) Nach gemeinem Rechte hat in solchem Falle der Dritte, wenigstens so lange der Factor noch seine Stelle bekleidet, die Wahl, ob er den Principal oder ob er den Factor in Anspruch nehmen will. l. 7. §. 1, l. ult. D. de institor. act. (14, 3). coll. l. 1. §. 16. 17. D. de exercit. act. (14. 1). Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 8. §. 541 - 546. Ob und inwieweit diese Klage

Digitized by Google

als zugleich die besonderen Formen beobachtet werden, welche nach den Gesetzen zur rechtsbeständigen Verpflichtung eines Frauenzimmers erforderlich sind. Denn gälte an dem Orte die Geschlechtsvormundschaft, so würde das Weib, welches ohne gehörige Autorisation ihres Vormundes zu dem einzelnen Geschäfte gehandelt hätte, gleich einem im Laden angestellten Pupillen [5]), zwar wohl ihren Ehemann als den Handelsherrn verpflichten, sich selbst aber nicht. Für eine sie persönlich verpflichtende Autorisation könnte aber die Zustimmung ihres Ehemannes zu dem Abschlusse des Geschäfts nicht gelten, weil es doch eigentlich sein Geschäft ist, und die Frau dafür auf solche Weise gewisser Maaßen intercediren würde, wozu der Ehemann selbst sie nicht gültig autorisiren kann.

§. 3.

Wann übrigens die Frau als Handelsgesellschafterin ihres Mannes, und wann sie als bloße Gehülfin desselben anzusehen ist, das muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden. Das entscheidende Merkmal liegt aber in ihrer Theilnahme am Handelsgewinne oder Verluste; denn diese Theilnahme characterisirt sie ohne Zweifel als Gesellschafterin, so wie sie es umgekehrt als bloße Gehülfin des Mannes erscheinen lassen würde, wenn Letzterem der Gewinn allein zufließen und er den Verlust allein zu tragen haben sollte. Würde ihr nun aber auch der Ehemann zur Vergeltung für

---

gegen den Factor noch nach heutigem Rechte statthaft sey, wird künftig in einer besonderen Erörterung untersucht werden.

[5]) l. 7. §. 2. — l. 10. D. de instit. act. (14, 3) coll. l. 1. §. 16. D. de exercit. act. (14, 1) l. 7. §. 11. D. ad SCt. Macedon. (14, 6). l. 23. D. de minoribus (4, 4). Duarenus ad. tit. Dig. de institor. act. cap. 3. in Opp. pag. 976, 7. Lauterbach colleg. lib. 14. tit. 3. §. 13 15.

Digitized by Google

ihre Dienste Geschenke vom Handelsgewinne machen, ihr vielleicht ein bestimmtes Salair aussetzen, oder wohl gar ihr gleich einem commis intéressé einen aliquoten Theil vom Handelsgewinne bestimmen, so würde sie doch in allen diesen Fällen nicht als Handelsfrau anzusehen seyn. In den beiden ersten Fällen könnte sie so schon um deshalb nicht betrachtet werden, weil sie nicht direct an dem Ertrage des Handels Theil nimt, und die zufällige Bereicherung daraus sie dem Dritten selbst aus dem Gesichtspuncte einer versio in rem. nicht verpflichtet, indem Letztere nur dann eine Klage gegen den Bereicherten begründet, wenn der andere Contrahent als Geschäftsführer des Bereicherten gehandelt hat. Zweifelhafter dürfte der zuletzt erwähnte Fall erscheinen, da eine wahre Societät mit der Bedingung eingegangen werden kann, daß der eine Gesellschafter nur am Gewinn Theil nehmen soll [4]); allein so unläugbar auch in solchem Falle zwischen den Gesellschaftern selbst ein Societätsverhältniß besteht, so können daraus Dritte doch keine Rechte gegen den bloß am Vortheil participirenden Gesellschafter ableiten, weil es gerade in dem Zwecke einer solchen Vereinbarung liegt, daß Letzterer dadurch nur berechtigt aber nicht verpflichtet werden soll. Er erscheint also nur als ein stiller Compagnon, gegen den Dritte keine directen Klagen haben [5]), und wenn er selbst für Rechnung der Handlung Geschäfte schließt, so thut er das nur als Agent derselben, nicht in seinem unmittelbaren Interesse, obwohl dieses dabei indirect in Frage kommt [6]). Letzteres genügt

[4]) l. 29. §. 1. D. pro socio (17, 2).

[5]) v. Martens Grundriß des Handelsrechts §. 22. Delvincourt institutes de droit commercial. Tom. 2. pag. 51.

[6]) Daß ein solches Verfahren leicht zu Betrügereien emißbraucht

Digitized by Google

aber nicht, um eine Frau zur Handelsfrau zu machen. — Auch das macht die Frau noch nicht zu einer Handelsgesellschafterin des Mannes, wenn von dem Ertrage des Handels die Kosten des Haushalts und überhaupt die Lasten der Ehe

---

werden kann, leuchtet von selbst ein, und daß es auch namentlich früher in Frankreich häufig dazu gemißbraucht worden, ist eine bekannte Sache. (Locre esprit du Code de Commerce. Tom. 1. pag. 144 — 7.); und erscheint es daher zweckmäßig, dem stillen Compagnon alle Geschäftsführung für die Handlung zu untersagen, wie es der Code de Comm. art. 27. gethan hat; allein ohne ein specielles gesetzliches Verbot kann es nicht für unerlaubt geachtet werden, daß er jene beiden Eigenschaften in sich vereinigt. Selbst in Frankreich nimmt man aber das, im Gesetze auch nur auf die bailleurs de fonds gestellte, angeführte Verbot nicht in der Ausdehnung, daß man keinen commis ou agent optionnaire ou intéressé duldete, oder ihn gleich einem associé en nom collectif für solidarisch verpflichtet erklärte, sondern man betrachtet eine solche Vereinbarung weniger, als eine Societät, wie als eine Gehaltsstipulation, was sie ihrem Zwecke, wenn gleich nicht ihrer Form nach, eigentlich auch nur ist. Vincens exposition raisonnée de la législation commerciale Liv. IV. ch. 2. §. 14. Tom. 1. pag. 313, 4. Die entgegengesetzte Meinung vertheidigt Pardessus cours de droit commercial P. 4. lit. 2. ch. 2. sect. 1. nr. 1030 Tom. 4. pag. 115, 6; indem er selbst eine solche Vereinbarung für gesetzwidrig achtet; allein, selbst für den Fall, wenn der Commis sich mit einem kleinen erworbenen Kapital in der Handlung seines Principals interessirt, übrigens aber sich gegen Dritte fortwährend nur als Handlungsdiener gerirt, dürfte die Praxis jene Auslegung zu strenge finden; sie ist es aber, selbst nach den Gesetzen, schon dann, wenn der Commis gar keine Fonds einschießt, sondern mit dem Antheile am Handelsgewinne nur für seine Dienste bezahlt wird.

Digitized by Google

bestritten werden; denn, obwohl nach germanischem Rechte diese Lasten auf dem Vermögen beider Eheleute gemeinsam ruhen [7]), so gilt dieses doch nur, wo überhaupt das germanische Güterverhältniß zwischen Eheleuten zur Anwendung kommt; wo hingegen dieselben nach dem fremden Dotalrechte leben, da fallen auch die Lasten der Ehe dem Manne zu, und es kann daher daraus, daß derselbe dieser seiner Pflicht genügt, keine Verpflichtung der Frau gegen die Handelsgläubiger des Mannes erwachsen. —

§. 4.

Ganz anders und viel zweifelhafter gestalten sich die Verhältnisse, wenn eine Ehefrau, die mit ihrem Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft oder, was in dieser Beziehung ebenfalls genügt, doch wenigstens in Gemeinschaft der Errungenschaft lebt, oder deren Vermögen unter Verwaltung und Nießbrauch des Mannes steht, Handel treibt. Auch hier unterliegt das keinem Bedenken, daß, wenn die Frau einen abgesonderten Handel hat, sie aus den abgeschlossenen Handelsgeschäften als Handelsfrau verpflichtet wird, ohne daß es hiebei der Zustimmung ihres Ehemannes bedarf, und zwar, worin das eigentliche practische Interesse liegt, dergestalt, daß sie bei Verpflichtungen dieser Art die sonst den Weibern verliehenen Privilegien nicht geltend machen, und der Ehemann sich nicht auf seine Rechte an dem Vermögen der Frau berufen darf, um die Execution in den derselben gestatteten Handelsfond zu hindern. Sie kann mithin gegen eine Intercession in Handelsangelegenheiten sich nicht auf das SCt. Velleianum berufen; sie ist wegen eines in solchen Geschäften ausgestellten,

---

[7]) Hasse in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft B. 4. S. 67, 68.

Digitized by Google

girirten oder acceptirten Wechsels der vollen Strenge des Wechselprozesses unterworfen, und kann überhaupt wegen ihrer Handelsverbindlichkeiten mit Schuldarrest belegt werden, wo dieser auch sonst bei Weibern keine Anwendung findet. So ordnen es selbst diejenigen Rechte, die am wenigsten geneigt sind, verheirathete Frauen als Handelsfrauen zu behandeln [8]). Und, wenn das preußische Landrecht vorschreibt:

„Die Verheirathung einer Frauensperson, welche Eigenthümerin einer Handlung ist, ändert ihre Rechte

---

[8]) In der Statt Cöllen alten Recht und Bürgerfreiheiten (nicht, wie Bender im Handelsrechte B. 1. §. 37. Not. e irrig anführt, in dem Cöllner Stadtrechte von 1437) Art. 37. med. pag. 61. heißt es: „Item Mann und Weib die zusammensitzen, als Eheleut, da dann der Mann sein besonder Kauffmannschaft treibt, und handthiert, desgleichen auch das Weib.... In der leipz. Wechs. Ordn. v. 1682 §. 2. wird verordnet, daß wider die Frauenzimmer, welche Kaufmannschaft treiben, nach dem Wechselstyl verfahren werden soll; es wird aber dabei, so viel die Eheweiber betrifft, ausdrücklich verlangt, daß sie vor sich, ohne ihren Ehemann absonderliche Handlung führen. Siegel Corpus iuris cambialis Th. 1. S. 4. Vgl. die am 8. April 1674 erlassene Declaration des leipziger Markt-Rescripts vom 25. July 1621 im Cod. August. B. 2. col. 2019. Ludovici D. de muliere cambiante §. 9 — 19. (Besecke thes. iur. camb. Tom. 1. pag. 602 — 7). — Auch das französische Recht achtet nur das verheirathete Frauenzimmer für eine Handelsfrau, welches einen separaten Handel hat. Code civil art. 220; Code de Com. art. 5. coll. Code civil art. 1431. Vincens l. c. Tom. 1. pag. 230, 1; Pardessus l. c. P. 1. tit. 2. ch. 1. sect. 2. nr. 65. Tom. 1. pag. 314 — 6 coll. P. 5. tit. 1. ch. 6. sect. 2. nr. 1222 — 6 Tom. 4. pag. 410 — 7.

Digitized by Google

und Verbindlichkeiten, in Absicht der Handlung und deren Betriebes, an und für sich nicht ab [9]); "

so ist diese Vorschrift unbedenklich als eine des allgemeinen Handelsrechtes anzusehen; und es kann erst dann die Frage entstehen, ob sich nicht die Rechtsverhältnisse geändert haben, wenn von jetzt an die Handlung auf dem Namen oder unter Mitwirkung des Ehemannes betrieben wird.

§. 5.

Der schwierige Fall ist nämlich der, wenn die Ehefrau neben ihrem Manne an den Geschäften derselben Handlung Theil nimt, und zwar wie hier immer vorausgesetzt wird, gewerbsmäßig Theil nimt, denn sollte die Frau bloß das eine oder das andere Mal ein Handelsgeschäft vornehmen, so ertheilt ihr das unter keinen Umständen die Qualität einer Handelsfrau [10]). Betreibt nun aber die Ehefrau die Handelsgeschäfte regelmäßig mit ihrem Manne, so läßt sich von dem hier eintretenden Verhältnisse mögl cher Weise eine doppelte Ansicht fassen. Entweder man betrachtet den Mann als das Haupt der Ehe, so daß er in allen rechtlichen Beziehungen, die das Ehepaar betreffen, als der Prinzipal-Berechtigte oder -Verpflichtete erscheint —, dann wird wenigstens im Zweifel die Theilnahme der Frau an den Handelsgeschäften nur als eine untergeordnete, nur als eine Hülfe, die sie dem Manne leistet, anzusehen seyn. Oder aber, man geht davon aus, daß die Frau eben so gut wie der Mann ein

---

[9]) Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 494.

[10]) Ludovici D. not. 1. cit. §. 2. (Besecke Tom. 1. pag. 599 600). Riccius exercit. iur. camb. ex. 5. sect. 2. §. 27. Mantzel D. de fœmina mercatrice, thes. VI. nr. I. (ap. Gesterding thesaur. iur. Lubec. Tom. 2. pag. 648).

Digitized by Google

selbstständiges Rechtssubject sey, und zieht dabei in Erwägung, daß, wo wahre Gütergemeinschaft besteht, vermöge dieser Gewinn und Verlust aus dem Handel beide Eheleute, den Einen wie den Andern treffen —, so wird man geneigt seyn anzunehmen, daß die Frau, welche die Handelsgeschäfte mit betreibt, solches unmittelbar in ihrem eigenen Interesse thue, mithin daraus wie eine Handelsfrau verpflichtet werde. In den Particularrechten findet sich bald die eine, bald die andere Ansicht aufgestellt; noch häufiger aber ist der Punct gar nicht entschieden, und da entsteht die Frage, welche von jenen Ansichten als die richtigere vorzuziehen sey? Es dürfte aber diese Frage nicht unbedingt, sondern anders zu entscheiden seyn, wenn an dem Wohnorte der Eheleute eine eheliche Vormundschaft gilt, anders, wenn dort die Ehefrau sui iuris ist.

§. 6.

Ist, wie dieses in dem Begriffe des früherhin in Deutschland allgemeinen ehelichen mundii lag, die Frau für ihre Person und mit ihrem Vermögen der cura maritalis des Mannes untergeordnet [11]); so ist es die Regel, daß sie ohne

---

[11]) L. Burgund. addit. 1. tit. 13: „Quaecunque mulier Burgundia vel Romana (in diesem Stücke sollten auch die Römer sich der deutschen Sitte fügen) voluntate sua ad maritum ambulaverit, iubemus ut maritus ipse (add. de, Walter Corp. iur. German. T. 1. p. 347) facultate ipsius mulieris, sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat.“ Urk. v. J. 1131.... „per manum mariti sui, in cuius mundiburdio ipsa et bona eius habebantur,“ in de Gudenus Codex diplom. Tom. 1. pag. 98. Sachs. Sp. B. 1. Art. 31, 45. Schwab. Sp. Kap. 263. §. 1, 2.; Kap. 313. §. 1. ed. Senckenberg. — Eichhorn d. St. u. R. Geschichte. B. 1. §.

Digitized by Google

ihren Ehemann als ihren rechten Vormund nichts, als etwa zu des Hauses Nothdurft, beständiglich contrahiren, sich ohne denselben gar nicht rechtsgültig verpflichten kann [12]). Machen nun auch Gesetz oder Herkommen hievon bei der Handelsfrau eine Ausnahme, so muß diese doch immer als solche stricte genommen, und auf Fälle beschränkt werden, in welchen die Frau gar nicht anders als wie selbstständig Handel treibend angesehen werden, und sich, ohne Treue und Glauben zu verletzen, nicht hinterdrein für eine bloße Gehülfin ihres Mannes ausgeben kann. Thut sie nun aber nichts weiter, als daß sie der Handlung neben ihrem Manne vorsteht, gleich ihm im Laden einkauft und verkauft, Zahlungen annimt und darüber quitirt, so ist das noch keineswegs der Fall; denn alle diese Geschäfte kann eben so gut der Factor oder der Handlungsgehülfe, als wie der eigentliche socius vornehmen; und der Dritte, der mit dem Weibe contrahirt, muß es präsumiren,

---

54. a. E. u. Note h. S. 150 u. 153 d. 2. Ausg. Hasse l. c. not. 7. cit. S. 68 — 71, vgl. mit den Heidelb. Jahrb. v. J. 1823 B. 1. S. 111 — 115.

12) Siehe die in der vorhergehenden Note angeführten Stellen des Sachsen- und Schwaben-Spiegels. Lübisches Recht im Cod. v. 1235. art. 34. (ap. de Westphalen monum. ined. Tom. 3. col. 624.); v. 1240. Art. 21. (ibid. col. 642); im Cod. Brock. I. Art. 22; II. 6; III. 345. (im Appendix zu dessen selectae observat. forenses). Rev. lüb. Recht Lib. I. tit. 10 art. 1; III. 6. art. 13. Hanburg. Statut. v. 1270. IX. 13; v. 1292. M. 10; v. 1497. L. 6. (in Anderson hamburg. Privatrechte B. 1; wonach die älteren hamburg. Statuten in diesem Buche stets citirt werden); v. 1603. P. 2. tit. 6. art. 2; lit. S. art. 1; P. 3. tit. 1. art. 13 u. 14; tit. 6. art. 9 u. 21. Dat rigische Recht P. 1. art. 11. (Ausg. v. Oelrichs S. 6, 7.)

Digitized by Google

daß sie in dieser letzteren Qualität handle, wenn gleich sie dieselbe im Handel sich nicht ausdrücklich beilegt, weil sie in der Regel selbstständig ohne specielle Autorisation ihres Ehemannes gar nicht contrahiren darf, und weil insonderheit bei bestehendem ususfructus maritalis im Zweifel aller Verdienst während der Ehe dem Manne zufällt, und weil es zugleich das factisch Gewöhnlichere ist, daß die Frau nur als Gehülfin des Mannes handelt [13]). So ordnen es auch namentlich das französische Recht [14]), und das preußische Landrecht [15]). Auch läßt sich hiegegen nicht einwenden, daß, wo eigentliche Gütergemeinschaft besteht die Frau ein eigenes Interesse bei den Handelsgeschäften hat, und sie deshalb als für eigene Rechnung handelnd angesehen werden müsse. Denn, wenn auch

---

[13]) Riccius exercit. iur. camb. exerc. 5. sect. 2. §. 26. pag. 78. Mantzel l. c. thes. V. nr. I. u. th. XXIII. (Gesterding II. 648. u. 671). Strecker D. de iis qui a nexu cambiorum vel iuris cambialis rigore sunt exemti §. 17. (Besecke thesaur. iur. camb. Tom. 1. pag. 650). Franck instit. iur. camb. lib. 1. sect. 1. tit. 9. th. 10. Rebhan D. de uxore mercatrice §. 48. 49. Lauterbach de iure in curia mercatorum usitato th. 49. Mevius ad Jus Lub. III. 6. art. 21. nr. 41. Leyser medit. ad ff. sp. 171. med. 5. Schröter vermischte Abhandlungen Th. 1. S. 64. ff. Bender deutsches Handelsrecht B. 1. §. 38. nr. 1. S. 91.

[14]) Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que detailler les marchandises du commerce de son mari. Code civ. art. 220; Code de Comm. art. 5.

[15]) Preuß. Landr. II. 8. §. 469: „Die Ehefrau eines Kaufmanns, welche dem Manne in seinen Geschäften bloß hülfreiche Hand leistet, ist selbst an Orten, wo Gemeinschaft der Güter unter ihnen obwaltet, für eine Kaufmannschaft treibende Frauensperson noch nicht zu achten." —

Digitized by Google

Jemand wegen eines anderweitigen Verhältnisses, wie hier wegen der Gütergemeinschaft, bei einem Handelsgeschäfte interessirt ist, so haftet er deshalb doch noch nicht dem Dritten, wenigstens nicht direct, wenn er sich nicht diesem gegenüber als der Handelsherr gerirte; was hier gezeigter Maaßen die Vermuthung wider sich hat.

§. 7.

Da nun auch die Ehefrau durch die Gütergemeinschaft oder durch das dem Ehemann vermöge seines mundii über ihr Vermögen zustehende Dispositionsrecht schon ohnehin zur Bezahlung der Handelsschulden des Mannes verpflichtet ist, und deshalb ein weit geringeres practisches Bedürfniß, sie noch außerdem persönlich als Handelsfrau zu verpflichten, vorhanden ist, als da, wo der Mann das eigenthümliche Vermögen der Frau mit Schulden nicht beschweren kann; so hat die Bestimmung mancher Rechte, daß die handeltreibende Ehefrau nur dann für eine Handelsfrau gelten solle, wenn sie separirte Geschäfte macht, von der legislativen Seite gewiß sehr vieles für sich. Ohne ein besonderes Gesetz läßt sich aber hierauf der Begriff einer verheiratheten Handelsfrau nicht beschränken; denn die Verpflichtung derselben ist immer noch eine viel strengere, als die der Ehefrau eines Handelsmannes, welche mit demselben in Gütergemeinschaft lebt; und wo es namentlich der Letzteren gestattet wird, durch eine Entschlagung der Gemeinschaft sich das ihr künftig anfallende Vermögen zu sichern, da würde ihr solche Entschlagung diesen Vortheil nicht gewähren können, wenn sie außer als Ehefrau auch noch als Handelsgesellschafterin ihres Mannes angesehen werden könnte. Hat sie daher auf unzweideutige Weise sich als solche gerirt, so muß sie auch als Handelsfrau haften. Am sichersten zeigt sie als solche sich nun freilich dadurch, wenn ihr Name mit

Digitized by Google

in die Firma aufgenommen, oder wenn, wie das preußische Landrecht dieses erfordert, den Handelsfreunden bekannt gemacht wird, daß sie der Handlung mit vorstehen solle [16]); allein, da nach allgemeinen Grundsätzen eine Handelssocietät gleich jeder andern Societät, auch durch bloße, ausdrückliche oder selbst stillschweigende Uebereinkunft zwischen den Gesellschaftern constituirt werden kann, so muß, wo keine besonderen Gesetze im Wege stehen, auch die Ehefrau für eine Handelsgesellschafterin des Mannes geachtet werden, bei der es aus den Umständen sich klar an den Tag legt, daß sie neben ihrem Manne als selbstständige Vorsteherin der Geschäfte gehandelt hat [17]).

§. 8.

Einzelne entscheidende Merkmale hiefür lassen sich schwerlich aufstellen, denn sollte auch die Frau an der Buchführung Theil genommen, einzelne Wechsel, kraft besonderen Auftrages oder aus besonderen Veranlassungen, unterzeichnet, oder ähnliche Geschäfte vorgenommen haben, so sind das Dinge, die auch der Factor oder der bloße Handelsgehülfe verrichten kann. Es kommt vielmehr auf die Art und Weise an, wie sie im Ganzen sich der Geschäftsführung annimt. Beschränkt sie sich nicht darauf, den kleinen Vertrieb zu besorgen, sondern acceptirt und indossirt sie auch in Anwesenheit des Mannes die Wechsel, schließt sie ohne specielle Rücksprache mit demselben selbst die bedeutenderen Ankäufe und Verkäufe, zeigt sie sich in den Verhältnissen ihres Gewerbes wohl gar als die bewandertere, und als die Seele der Geschäfte, so wird in

---

[16]) Preuß. Landr. a. a. O. §. 495.

[17]) Cf. Mantzel l. not. 10 cit. §. 23. (Gesterding l. c. pag. 671, 2.)

Digitized by Google

dem Publikum kein Zweifel darüber obwalten, daß sie der eigentliche Chef, wenigstens eben so gut Chef der Handlung sey, als wie der Ehemann; und wird dann auch der Richter keinen Anstand nehmen dürfen, sie als Handelsfrau anzuerkennen, und als solche für verpflichtet zu erklären. Dieses muß selbst dann geschehen, wenn auch die Handlung auf dem alleinigen Namen des Mannes betrieben wird; denn es kann Jemand sehr wohl wahrer Handelsgesellschafter seyn, ohne daß sein Name mit in der Firma zu stehen braucht; obgleich man so viel zugeben muß, daß hiefür stringentere Beweise erforderlich sind, wenn die Firma bloß aus dem Namen eines lebenden Handelschefs gebildet, oder wenn wohl gar eine bisher von der Frau geführte Firma bei ihrer Verheirathung nach dem Namen ihres neuen Ehemannes umgeändert worden ist.

§. 9.

Diese Grundsätze kamen bei dem Oberappellationsgerichte in folgendem Falle in Erwägung. Catharina Margaretha Schuldt in Hamburg war successive an Elfers, Hüsing und zuletzt an Lorenz Ahrens verheirathet. In den verschiedenen Ehen und Witwenschaften hatte sie respective mit ihren Ehemännern und allein einen Weinhandel und eine Weinwirthschaft geführt, und war zuletzt das Gewerbe auf dem Namen ihres dritten Ehemannes Ahrens betrieben worden. Im Januar 1819 stellte nun Ahrens auf sich selbst und an seine eigene Order zwei Wechsel aus, die er demnächst an seine eigene Ehefrau, und diese ohne Mitunterschrift ihres Ehemannes weiter an J. A. B. Steinmetz indossirte. Noch vor dem Verfall der Wechsel mußte Ahrens sich insolvent erklären, und da seine Ehe noch nicht fünf Jahre gedauert hatte, auch er bereits vor Eingehung der Ehe verschuldet gewesen war, so

Digitized by Google

zog seine Ehefrau ihre Illaten aus der Masse zurück [18]), jene Wechselforderungen aber gingen leer aus. Deshalb nahm nun Steinmetz die unterdessen wieder zur Witwe gewordene Ehefrau aus ihren Indossamenten in Anspruch, indem er sich besonders darauf stützte, daß sie sich durch das Giriren dieser Wechsel als Handelsfrau gerirt habe, auch notorisch in allen ihren verschiedenen Qualitäten Handelsfrau en gros und en detail gewesen sey. Dagegen stellte aber die Beklagte in Abrede, zu der Zeit Handelsfrau gewesen zu seyn, und berief sich hiebei noch darauf, daß sie damals gar kein getrenntes Vermögen gehabt habe. Es erachtete aber das Oberappellationsgericht, aus den oben entwickelten Gründen, daß aus dem, vom Kläger geltend gemachten Umstande des Giro der beiden Wechsel eben so wenig mit Sicherheit hervor gehe, daß die Beklagte eine Handelsfrau, als aus den von ihr urgirten, daß sie keine Handelsfrau gewesen sey, daß ferner die Zustimmung des Ehemannes zu dem Indossiren dieser Wechsel, wenn sie auch nachgewiesen werden könnte, sie nach dem im §. 2. Bemerkten nicht verpflichten würde, insofern sie nicht Handelsfrau war, wo es dann aber dieser Zustimmung gar nicht bedurfte; und es legte daher am 22. October 1821 dem Kläger annoch den Beweis auf, daß die Beklagte zur Zeit der Indossirung der eingeklagten Wechsel eine Kauffrau gewesen sey, indem ihm durch die generelle Fassung des Beweissatzes die Gelegenheit eröffnet werden sollte, bei seiner Beweisführung alle Momente zu benutzen, woraus auf die von ihm behauptete Qualität der Beklagten geschlossen werden könnte.

---

[18]) Nach der Vorschrift der hamburg. neuen Falliten-Ordnung Art. 30.

Digitized by Google

§. 10.

Wenn hingegen die Eheleute zwar in einer Gütergemeinschaft stehen, aber keine cura maritalis statt findet, so gestalten sich die Verhältnisse etwas anders. Da nämlich unter dieser Voraussetzung das Weib sich selbst, ohne Zuziehung ihres Ehemannes, schon im Allgemeinen gültig verpflichten kann, so braucht der Dritte, der mit ihr contrahirt, nicht ängstlich darnach zu forschen, ob ihr auch die Qualität einer selbstständigen Handelsfrau beikomme, sondern er geht in der Regel völlig sicher, wenn er sich nur davon überzeugt, daß sie im eigenen Namen contrahirt. Nun muß aber der Natur der Sache nach jeder Vortrag als für den Contrahenten selbst abgeschlossen angesehen werden, wenn er nicht entweder selbst ausdrücklich erklärt, ihn Namens eines Dritten einzugehen, oder doch solches aus den Verhältnissen von selbst einleuchtet. Wenn daher die Ehefrau neben ihrem Manne sich der Handelsgeschäfte annimt, und es zweifelhaft ist, in welcher Eigenschaft sie dieses thut, so kann der Dritte aus den Verträgen, die sie selbst geschlossen hat, ohne dabei ihren Ehemann als den eigentlichen Interessirten zu nennen, sie ohne Weiteres in Anspruch nehmen, braucht sich dabei gar nicht an jenen verweisen zu lassen, und wo sie auch vermöge ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung nur Namens ihres Ehemannes handelte, da müßte sie dem Dritten deshalb doch immer als ein Factor Rede stehen. Nun läßt es sich aber nicht verkennen, daß im einzelnen Falle leicht darüber Zweifel entstehen können, in welcher Maaße die Frau contrahirt hat, und daß dieses leicht zu Betrügereien und Chikanen gemißbraucht werden kann; zumal, wenn solche Verhältnisse, wie Interceſſionen und Wechselverbindlichkeiten in Frage stehen, wobei nach den gemeinen und nach den Particularrechten die Frauenzimmer,

Digitized by Google

welche keine eigentlichen Handelsfrauen sind, sich in der Regel entweder gar nicht oder doch nicht so bündig als Männer verpflichten können.

§. 11.

Um nun dem zu begegnen, ist in vielen statutarischen Rechten, namentlich des südlichen Deutschlands, wo die eheliche Vormundschaft viel weniger verbreitet ist, als in den Ländern des sächsischen Rechts, sehr zweckmäßig vorgeschrieben, daß, wenn nur de facto die Ehefrau gemeinschaftlich mit ihrem Manne einen Handel oder ein ähnliches Gewerbe betreibt, sie in Beziehung auf alle dieses Gewerbe betreffenden Rechtsverhältnisse als eine Handelsfrau gehalten sein, und der sonstigen Privilegien der Weiber nicht genießen soll[19]). Unter den hier-

[19]) S. z. B. die Nassau-Catzenellnbogische Landordnung Th. 4. Kap. 15. §. 4. Churpfälzisches Landrecht Th. 4. Tit. 17. §. 4. Landrecht von Baden und Hochberg Th. 6. Tit. 12. §. 1. Eine straßburger Verordn. vom 1. Oct. 1512 schrieb vor, es sollten alle die Weiber für Marktfrauen gehalten und zu erkennen seyn, „die für sich selbst oder neben und mit ihren Männern in und außerhalb der Stadt Straßburg... auf Markt- und Meßtagen feil haben, und die Waaren sammthaft oder stückweise ein- oder verkauffen." Riccius exercit. iur. cambial. ex. V. sect. 2. §. 16. in fin. pag. 74. In der fränkischen Landgerichtsordn. Th. 3. Tit. 104. §. 6. war verordnet: „Wo auch Man und Weib gemeine Handthierung und Gewerb mit Kauffen und Verkauffen trieben, als Gewand-Schneider, Krämer und dergleichen, auch offene Gastgeber oder Wirth, die fremde Gäst hauseten und herberigten, in solchen Fällen sollen beyde Eheleuth, die dessen wegen gemachte Schulden zugleich unverscheidentlich bezahlen." Die Reformation der Stadt Nürnberg endlich enthält folgende Bestimmung: „Gewandschneider und Krämer, die zu Krame, Gewölbe oder Laden sitzen, und gemeyns Kauffens oder Ver-

her gehörigen, noch jetzt geltenden Partikularrechten, ist unstreitig das frankfurtische das wichtigste, und spricht sich darin Zweck und Veranlassung der Vorschrift sehr deutlich aus. In Frankfurt besteht, so wie überhaupt keine Geschlechtsvormundschaft, so auch insbesondere keine eheliche Vogtschaft; die Eheleute stehen aber während der Ehe, wenn nicht durch Ehepacten etwas Anderes festgesetzt ist, rücksichtlich ihres Vermögens in dem Verhältnisse, daß Jedem seine Illaten so wie Erbschaften und Schenkungen während der Ehe zum besondern Eigenthum verbleiben, daß aber dieselben dem Gebrauche nach beiden Eheleuten unterdessen gemeinschaftlich sind[20]), daß deshalb Keines von ihnen ohne Einwilligung des Andern seine Liegen-

---

kauffens warten; auch Wechsler und offne Gastgeber, die dann gemeynlich pflegen frömde Gäst, die ye zuzeytten auß und eyn reyten und ziehen zehalten, und auch die zu offen Kram und Marckt sitzen oder pflegen zehandeln, und da Man und Weyb ire Keuff und Handthierung zu gemeynem und ir beder Gewerbe und Narung fürnemen; in sollichen und dergleychen Velle, auff Erkentnuß des Rechten, so Speen darinnen entstunden, sollen Man und Weyb bederseyt zebezalen verpflicht sein. Doch also, daß die Fraw an sollicher gemeyner Handthierung mit irem Man gleychen Gewin neme und entphahe." Nürnb. Reform. v. J. 1498. Tit. 12. lex. 5; v. 1503. eod. loco; revid. Reform. Lib. VI. tit. 28. Die Schlußworte beschränken übrigens nicht die voranstehende Dispositition, sondern wollen nur sagen, daß in dem erwähnten Falle, wo die Frau mit zahlen muß, sie auch Theil am Gewinne haben solle. — Vgl. Schneider (praes. Lyncker) D. de acquisitione coniugali ad P. V. tit. 5. ref. Francof. Jenae 1695. §. 19. (ap. Senckenberg selecta iur. et histor. Tom. 1. pag. 463 — 6.)

[20]) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 5. §. 1. Th. 5. Tit. 5. §. 8.

schaften veräußern darf[21]), und, daß die eheliche Errungenschaft ihnen in der Regel gemeinschaftlich ist[22]). Bei dem Tode des einen Ehegatten behält nun aber der Ueberlebende nicht bloß freies Eigenthum und freie Disposition an seinem bisherigen privativen Vermögen, so wie den lebenslänglichen Beisaß oder Nießbrauch an den Liegenschaften des Verstorbenen, sondern er erhält auch, je nachdem die Ehe unbeerbt oder beerbt ist, entweder das ganze oder das halbe Mobiliarvermögen desselben, und die ganze oder halbe Errungenschaft eigenthümlich[23]), Nimt er diese Vortheile aus dem Nachlasse des Verstorbenen an, so muß er auch dessen Schulden zum vollen bezahlen[24]). Er kann aber auf dieselben ganz oder theilweise

---

[21]) Frankf. Reformat. Th. 5. Tit. 4. coll. Th. 2. Tit. 3. §. 12—15; Th. 3. Tit. 6. coll. alte Reformat. fol. 21. pag. 2. fol. 26. pag. 1. Vergl. v. Adlerflycht Privatrecht der freien Stadt Frankfurt B. 2 §. 175. nr. 5. §. 280. nr. 1.

[22]) Frankf. Reformat. Th. 5. Tit. 5. §. 1. 2. coll. alte Reformat. fol. 23. pag. 2. §. 1. v. Adlerflycht a. a. O. B. 2. §. 280. nr. 2. §. 283.

[23]) Frankf. Reformat. Th. 5. Tit. 4. §. 3 — 5. Tit. 5. §. 9. 10. coll. alte Reformat. fol. 22. §. 3. 4. fol. 23. pag. 2. §. 1 — 3. fol. 24. pag. 1. §. 4 — 6. v. Adlerflycht a. a. O. B. 2. §. 281.

[24]) Alte Reformat. fol. 22. §. 6. fol. 25. §. 1. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 2. Dabei wird nur darüber gestritten, ob der Ehegatte seines Beisesses wegen allein die Schulden bezahlen, oder ob die Erben, denen das Eigenthum anfällt, dazu contribuiren müssen. Im Sinne der Reformation, besonders der alten, dürfte das Erste liegen, und so hat man es auch in der ältern frankfurtischen Praxis angesehen; die spätere Praxis aber hat sich entschieden für das Letztere erklärt; und deutet man darauf auch den erst in der Reformation vom Jahre 1611. hinzu-

Digitized by Google

verzichten, und dann braucht er im ersteren Falle zu den Separatschulden des Verstorbenen gar nichts, im letzteren aber nur nach Verhältniß des angenommenen Vortheils zu der übrigen Erbmasse beizutragen[25]). Dieses Separationsrecht steht übrigens der Frau auch dann zu, wenn der Mann in Concurs geräth[26]). Es sind das aber nur die Vermögensverhältnisse der Eheleute, so wie sie gewöhnlich eintreten.

---

gekommenen Zusatz, Th. 3. Tit. 7. §. 22. Orth Anmerk. z. frankf. Reform. S. 575 — 88, 752 — 61; und 2te Fortf. S. 183. 4. v. Adlerflycht a. a. O. §. 285.

[25]) Alte Reformat. fol. 23. §. 7. fol. 25. §. 1. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 1 — 10. coll. Th. 5. Tit. 4. §. 8. Tit. 5. §. 11. Orth l. c. 2te Fortf. S. 66 — 86; 577, 8. v. Adlerflycht a. a. O. §. 286. Das Gesetz verpflichtet den überlebenden Ehegatten, der die Schulden des Verstorbenen nicht bezahlen will, nur zum Verzicht auf den Beiseß an den Liegenschaften, und auf den Mobiliarnachlaß des Verstorbenen; nicht aber auf die Errungenschaft, — obwohl eine solche, der besonderen Schulden des defunctus ohngeachtet den Umständen nach verhanden sein kann —; und könnte es daher sehr in Frage kommen, ob nicht der überlebende Ehegatte dieselbe, wenn auch nicht ganz (Reformat. Th. 5. Tit. 5. §. 11), doch wenigstens zu seiner eigenen Hälfte behalten dürfe. (Vergl. Orth Anmerk. S. 584 und 2te Fortf. S. 74 — 8). Herr v. Adlerflycht a. a. O. §. 286. S. 487, 8. behauptet, in der Praxis verlange man jetzt von dem renuntiirenden Ehegatten sogar einen Verzicht auf die eigene Hälfte der Errungenschaft; es dürfte aber die Richtigkeit dieser Behauptung in der Allgemeinheit, wenigstens nach der Theorie, wohl zu bezweifeln sein. — Die Sache bedarf jedoch einer besonderen Erörterung; für den Zweck der gegenwärtigen Abhandlung genügt es, auf den Punkt aufmerksam gemacht zu haben.

[26]) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 21.

Digitized by Google

§. 12.

Ganz anders gestalten sich dieselben bei Handelsleuten und bei Handwerkern. Letztere, die uns hier nicht weiter interessiren, haften bei Schulden ihres Handwerks, wenn sie auch nur der Eine contrahirt hat, solidarisch, ohne daß dem Andern dabei eine Separation gestattet wird[27]). Bei den Handelsleuten hingegen, denen in dieser Hinsicht die Gast- und Weinwirthe gleich gestellt sind, kommt es darauf an, ob beide Eheleute an der Führung des Handels Theil nehmen, oder ob nur eines derselben dieses thut. Im letzteren Falle haftet nur dieser allein für die Handelsschulden[28]); es gehört ihm aber auch nach dem Gesetze die Errungenschaft, die in diesem Separathandel gewonnen ist, allein[29]), und es ist das erst in der neueren, aber noch nicht unbestrittenen Praxis dahin modificirt worden, daß, wenn die Frau oder deren Kinder nach getrennter Ehe auch auf diese Errungenschaft Ansprüche machen, sie, meist ohne Schwierigkeit, dazu admittirt werden, wenn sie auch nicht zu beweisen vermögen, daß die Ehefrau thätigen Antheil an den Handelsgeschäften des Mannes genommen habe, und daß der Mann oder respective dessen Erben sie hievon nur dann ausschließen können, wenn sie den Beweis übernehmen, daß das Gewerbe von dem Manne ausdrücklich als sein alleiniges für seine besondere Rechnung geführt wor-

---

[27]) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 20. Th. 5. Tit. 5. §. 6. coll. alte Reformat. fol. 24. §. 10.

[28]) Alte Reformat. fol. 25. §. 6. coll. §. 7. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 18. coll. §. 19.

[29]) Alte Reformat. fol. 24. §. 10. Neue Reformat. Th. 5. Tit. 5. §. 5.

Digitized by Google

den sei[50]). Nehmen hingegen beide Eheleute an der Betreibung der Handelsgeschäfte Theil, so ist auch Gewinn und Verlust ihnen gemeinschaftlich[51]), und es kann sich kein Theil durch einen Verzicht auf die statutarische Portion von der solidarischen Verbindlichkeit zur Bezahlung der Schulden frei machen, und wird er zur Separation seines eigenen Vermögens durchaus nicht zugelassen. Die Reformation, nachdem sie die Grundsätze für die erwähnte Renunciation und Separation, wie sie in gewöhnlichen Fällen gelten sollen, aufgestellt hat, fügt hinzu[52]):

> . . . Solchs wöllen Wir gemeinnt, auch verstanden haben, allein von solchen Eheleuthen, so gar keine Kauffhändel, Handthierung[53]), noch andere Gewerb, als offene Wirthschafften, Herbergen, und Weinschänke treiben.
> Dann dieweil in Kauffhändlen und Krämereyen, da zwey Eheleuth einen gemeinen Handel treiben, und die Haußfrauw so wol als der Mann im Gaden, oder offenem Kram sitzet, kaufft, und verkaufft, Gelt einnimpt, und

---

[50]) Orth Anmerk. S. 38. 2te Forts. S. 117—9; 120, 1; 565—8; 690—708. v. Adlerflycht a. a. O. §. 284. B. 2. S. 480, 1.

[51]) Alte Reformat. fol. 23. §. 1. Neue Reformat. Th. 5. Tit. 5. §. 2.

[52]) Alte Reformat. fol. 25. §. 4, 5. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 11, 12, 13. coll. Th. 1. Tit. 49. §. 5.

[53]) Statt „Handthierung" heißt es im folgenden Paragraphen so wie im §. 19. „Krämereien;" und da dem im §. 20. die Handwerksleute, Gärtner und Tagelöhner entgegen gesetzt werden, so kann darunter auch nur der Kleinhandel verstanden werden Vergl. Orth Anmerk. S. 38—40, und 2te Forts. S. 100, 101.

Digitized by Google

außgibt, das Regiſter helt, und dergleichen übet; alſo auch mit denen Eheleuten, ſo öffentlich Wirthſchafft, oder Herberg, oder einen gemeinen Weinſchanck halten, ſchwärlich iſt, ſolche Abſönderung und Abtheilung der Güter zu thun: Damit dann diejenigen, ſo mit ihnen handeln, auch andere, ſo ihnen ihr Gelt und Arbeit auffborgen, dadurch nicht betrogen, noch vernachtheilt werden; So wöllen Wir, daß in ſolchem Fall ſie beyde Eheleut, ſemptlich, auch ihr jedes in solidum, das iſt, beſonder, und für vollen, die Schulden, ſo ſie mit einander gemacht, zu bezahlen ſchuldig ſeyn ſollen, und darinn kein Verzieg, noch auch Abſönderung, es ſeyen dann zuvor alle Schulden bezahlt und vergnügt, geſtattet werden[34]).

§. 13.

Es ſollen hier alſo beide Eheleute, gleich wirklichen Handelsgeſellſchaftern, Dritten ſolidariſch haften; und, wenn es gleich hiebei nicht mit beſtimmten Worten geſagt iſt, daß die

---

[34]) Freilich behauptet v. Adlerflycht a. a. O. B. 2. S. 496. die Praxis laſſe jetzt gegen dieſe klare Vorſchrift der Reformat. in der Regel jede Ehefrau zur Separation zu, deren Ehemann als Handelsmann Bürger geworden ſei, wenn ſie nur nicht durch Verſchwendungen zu ſeinem Ruin beigetragen habe; allein es dürfte das wohl auf den Fall zu beſchränken ſein, wo die Frau nach der neueren Praxis zur Handels-Errungenſchaft zugelaſſen wird, ohne zugleich mit ihrem Manne die Handelsgeſchäfte betrieben zu haben, wo denn auch das Geſetz der Separation gar nicht entgegen ſteht. Schwerlich wird ſie aber auch da zur Separation zugelaſſen werden dürfen, wo ſie effectiv mit ihrem Manne einen gemeinſchaftlichen Handel getrieben hat, und würde eine ſich hierauf erſtreckende Praxis, in der That ſehr feſte Wurzel geſchlagen haben müſſen, wenn ſie Beachtung verdienen ſollte.

Digitized by Google

Verpflichtung der Ehefrau die einer Kauffrau sein soll, so liegt dieses doch implicite einentheils schon in jener solidarischen auf den handelsrechtlichen Grundsätzen beruhenden Verpflichtung, und anderntheils darin, daß für solchen Fall dem Weibe das beneficium Sctι Velleiani nicht zu statten kommen soll[35]). Es kann also hienach auch keinem Bedenken unterliegen, daß eine solche gemeinschaftlich mit ihrem Manne handelnde Ehefrau wechselfähig ist[36]). Uebrigens ist wohl die Behauptung aufgestellt, daß der Handel oder ein anderes hieher gehöriges Gewerbe dann für kein gemeinschaftliches zu achten sei, wenn der Ehemann die Concession dazu auf seinem Namen ausgewirkt hat, und bloß auf diesem dasselbe führt, auch mit seiner Ehefrau keine besondere Uebereinkunft getroffen hat, daß sie den Handel oder das Gewerbe für gemeinschaftliche Rechnung treiben wollten. Allein, einer solchen Verabredung bedarf es auf keinen Fall, denn das Gesetz spricht die Gemeinschaft von Gewinn und Verlust gradezu als Folge der gemeinschaftlichen Betreibung des Gewerbes aus; eine Folge, die sich ganz von selbst verstanden, und nicht besonders vorgeschrieben zu werden bedurft hätte, wenn sie nur im Falle eines abgeschlossenen förmlichen Societätscontractes eintreten sollte.

§. 14.

Wer ferner den Namen zur Betreibung des Gewerbes hergiebt, ist an sich gleichgültig, wenn nur die Erfordernisse der Gemeinschaft vorhanden sind. Diese setzt aber das Gesetz

---

[35]) Frankf. Reformat. Th. 2. Tit. 16. §. 12. Th. 3. Tit. 7. §. 15. coll. §. 16. Orth Anmerk. 1ste Forts. S. 330—3.

[36]) Frankf. Wechsel-Ordn. v. J. 1739. §. 8. Orth l. c. 1ste Forts. S. 331..

Digitized by Google

lediglich in den factischen Umstand, daß die Frau die Geschäfte des Handels oder des Gewerbes mit vorgenommen hat. „Da die Haußfrauw so wohl als der Mann im Gaden, oder offenem Kram sitzt, kauft und verkauft, Geld einnimt und ausgiebt, das Register hält, und dergleichen übt", heißt es in der Hauptstelle, ohne daß hiebei verlangt wird, daß die Frau dieses auf ihrem eigenen Namen oder für ihre eigene Rechnung thue. Dieses bestätigt sich ferner durch den Gegensatz: „So aber der Mann durch sich selbst, oder seine Diener, ohne sein ehelich Weib handelte . . .[57]". Ganz besonders aber bringt dieses der im Gesetze selbst angegebene Grund der Vorschrift mit sich, daß dadurch die hier eintretenden Schwierigkeiten der Vermögens-Absonderungen, so wie die Hintergehungen Dritter vermieden werden sollen. Denn, da nach frankfurtischem Rechte die Frauen sich, ohne Beistand ihrer Männer, selbstständig verpflichten können, so würden die Dritten jedenfalls berechtigt sein, sich solcher Geschäfte wegen, welche dieselben auf ihrem eigenen Namen, oder doch ohne besondere Erwähnung, daß sie für Rechnung des Mannes gehen, mit ihnen abgeschlossen hätten, an die Frauen selbst zu halten. Ob nun aber das Geschäft so oder anders eingegangen wurde, das wird schon bei dem Abschlusse desselben im Drange des Verkehrs selten beachtet werden, und hinterher in den wenigsten Fällen mit Sicherheit auszumitteln sein. Soll nun diese Schwierigkeit beseitigt, und der Dritte, der mit dem Weibe als einer selbstständigen Person contrahirt hat, in dem ihr geschenkten Vertrauen nicht getäuscht werden, so konnte das nur durch ein Gesetz erreicht werden, welches sie allgemein als Handelsfrau

[57]) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 18. coll. §. 19. Alte Reformat. fol. 25. §. 6.

Digitized by Google

für gehalten erklärte, wenn sie sich nur überhaupt in den Geschäften des Gewerbes thätig erzeigte. Wie strenge hierauf der Gesetzgeber in dem Interesse Dritter geachtet wissen will, das ergiebt sich noch daraus, daß er jede Heirathsabrede und jede Vereinbarung dawider für unkräftig, und die Ehefrau ohngeachtet derselben, neben und zugleich dem Manne, und ihres jedes insonderheit für verhaftet erklärt[58]).

§. 15.

Will nun aber Jemand die Ehefrau deshalb persönlich in Anspruch nehmen, weil sie an dem Handel oder der Wirthschaft des Mannes thätigen Antheil genommen habe, so muß er dieses als zu seinem Klagegrunde gehörig erforderlichen Falls beweisen. Zwar wird von Orth[59]) der Frau, die solche Theilnahme leugnet, die Beweislast auferlegt, und zwar aus dem Grunde, weil die Reformation die Gemeinschaft des Gewerbes als die Regel ansehe, und bei den Wirthsfrauen außerdem auch noch deshalb, weil dieses factisch das Gewöhnlichere sei; allein der letztere Umstand kann von der Beweislast nicht befreien, und der erstere Grund widerlegt sich durch die beiden Bemerkungen, daß es einentheils die Regel des frankfurtischen Rechts ist, daß der eine Ehegatte sich von den, durch den andern contrahirten Schulden durch einen Verzicht auf dessen statutarische Portion befreien kann, und daß es hievon nur in dem Falle eines gemeinsam betriebenen Handels oder anderen

---

[58]) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 14. Dagegen ist es aber auch in dem Falle, wenn Einer der Ehegatten einen Separathandel hat, auf das strengste verpönt, zur Verkürzung der Gläubiger dem Andern etwas von den Gütern zu übertragen. Alte Reformat. fol. 25. §. 7. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 19.

[59]) l. c. 2te Forts. S. 101 — 3.

Digitized by Google

hierher gehörigen Gewerbes eine Ausnahme macht; und anderntheils, daß das Gesetz zwar wohl zwischen einem gemeinschaftlichen Handel beider, und einem separaten Handel des einen Ehegatten unterscheidet, aber keinesweges eine Präsumption für das Eine oder für das Andere aufstellt.

§. 16.

Ist nun aber auch die Gemeinschaft des Gewerbes ausgemittelt, so haftet die Ehefrau doch, außer für ihre eigenen, nur für die auf ihrem gemeinschaftlichen Gewerbe lastenden Schulden; sind aber diese berichtigt, so kann sie sich der übrigen Separatschulden ihres insolventen oder verstorbenen Ehemanns durch die gewöhnliche Renunciation und Separation entziehen[40]). Gesetzt daher, der Ehemann hätte zwei Gewerbe, z. B. einen Weinhandel und eine Weinwirthschaft getrieben, und die Frau nur an der Betreibung des einen, etwa der Weinwirthschaft, Antheil genommen; so würde sie auch nur für die, dieses gemeinschaftliche Gewerbe betreffenden Schulden verhaftet sein; und brauchte sie deshalb in dem angegebenen Falle nur die Weine zu bezahlen, die entweder unmittelbar für die Weinwirthschaft angekauft, oder aus dem Lager der Weinhandlung zum Verbrauch in die Wirthschaft herüber genommen wären. Denn auch für diese letzteren könnte sie aus dem Gesichtspunkte einer eingetretenen versio in rem in Anspruch genommen werden[41]).

§. 17.

Wenn übrigens der Ehemann bei seiner Verheirathung

---

[40]) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 12, 20. Th. 5. Tit. 5. §. 6. Alte Reformat. fol. 24. §. 7. Orth l. c. 1ste Forts. S. 331.

[41]) arg. l. 82. D. pro socio (17, 2.)

Digitized by Google

mit einem solchen Gewerbe in der Bürgerrolle eingetragen war, oder sich damals eintragen ließ, wobei die Frau für die Gewerbsschulden nicht aufzukommen braucht, so ist wohl die Behauptung aufgestellt, daß die Frau hiedurch ein wohlerworbenes Recht gewonnen habe, welches ihr nachher durch eine von dem Manne einseitig vorgenommene Veränderung seines Gewerbes nicht wieder entzogen werden könne[42]). Diese Ansicht läßt sich aber nicht billigen. Denn die Reformation erklärt die Ehefrau eines Handelsmannes oder Wirthes nicht bloß dann für gehalten, wenn Letzterer dieses bereits bei Eingehung der Ehe war, sondern allgemein ohne Unterschied der Zeit, wann sie mit ihm dieses gemeinschaftliche Geschäft gehabt hat. Sodann bringt es aber auch die Regel des Rechts mit sich, daß die Frau den Mann nicht hindern kann, seinen Stand und sein Gewerbe zu verändern, und daß in einem solchen Falle die Frau ohne Weiteres dem neuen Stande ihres Mannes folgt[43]); so daß von einem wohlerworbenen Rechte der Frau aus den Standes- und Gewerbsverhältnissen des Mannes in solcher Maaße gar nicht die Rede sein kann. Endlich verliert eine Frau dadurch allein, daß ihr Ehemann hinterher einen Handel oder eine Wirthschaft anfängt, ihr Separationsrecht noch keineswegs, sondern erst dadurch, wenn sie persönlich jenes Gewerbe mit betreibt. Hält sie sich davon entfernt, wie dieses selbst bei den Wirthsfrauen nicht ohne Beispiel ist[44]), und wie sie dazu wohl befugt gehalten werden muß, so verbleibt ihr jenes Recht ungeschmälert. Unterzieht

---

[42]) v. Ablerflycht a. a. O. B. 2. S. 496 in d. Note.

[43]) l. 8. D. de senatoribus, (1, 9.)

[44]) Orth l. c. 2te Fortf. S. 114, 5.

Digitized by Google

sie sich aber demselben, so trägt sie auch billig die gesetzliche Folge dieser ihrer freiwilligen Handlung.

§. 18.

Nach diesen im §. 12 — 17. entwickelten Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht am 28sten Februar 1824. J. S. Brotzler et Söhne c. Wiesen Ehefrau; wo die Beklagte, deren Ehemann zu Anfang der Ehe bloß Weinhändler gewesen war, später aber auch die Concession zur Betreibung der Weinwirthschaft impetrirt hatte, deshalb, weil sie dieses letztere Gewerbe mit betrieben habe, auf die Bezahlung von Weinen in Anspruch genommen wurde, welche die Kläger geliefert hatten; sie aber ihre Verpflichtung hiezu in Abrede stellte, weil ihr Ehemann bei Eingehung der Ehe bloß Handelsmann gewesen, weil der Wein an die Handlung nicht an die Wirthschaft ihres Mannes verkauft worden sei, und weil sie selbst in der Weinwirthschaft sich nicht als Wirthin thätig bewiesen habe. Hier wurde nämlich den Klägern der doppelte Beweis auferlegt, daß die Beklagte zur Zeit, als die fraglichen Weine von den Klägern verkauft wurden, an der Betreibung der Weinwirthschaft ihres Ehemannes persönlichen Antheil genommen habe; und daß beide Eheleute oder einer von ihnen diese Weine, ganz oder wie viel davon zum Behuf ihres Weinschanks gekauft, oder doch in demselben verwandt haben.

Digitized by Google

II.

Von der Einzeugung der Handelsfrauen zu Lübeck.

§. 1.

Wenn in Lübeck die Witwe eines Handelsmannes die von ihrem verstorbenen Ehemanne geführte Handlung fortzusetzen gemeint ist[1]), so geschieht es zum öftern, daß sie mit Zuziehung ihres Curators zuerst in einer eingereichten Supplik, und demnächst in der öffentlichen Audienz des Senats, und jetzt des Obergerichts, welche an jedem ersten Donnerstage des Monats statt des alten Echtdings gehalten wird[2]), mündlich,

[1]) Gewöhnlich kommt nämlich der Fall so vor, daß eine Witwe die Handlung ihres verstorbenen Mannes fortsetzt; doch ist es auch nicht ohne Beispiel, daß Ehefrauen sich noch bei Lebzeiten ihrer Männer für Handelsfrauen haben erklären lassen. Namentlich ist dieses im Jahre 1741. bei der Ehefrau von P. H. Tesdorf, und 1753. bei der Ehefrau von G. Ganslandt geschehen. Balemann de foemina ex antiquit. legibusque Rom., German. et praes. Lubec. Altorfii 1756. 4. pag. 249.

[2]) Das Echtding, placitum legitimum, wurde vor Alters in Lübeck, wie anderswo (Lex Longob. Caroli M. 69. Capitul. V. a. 819. cap. 14. a. 819. cap. 5. ap. Baluzii Capitular. reg. Franc. Tom. I. col. 616, 671. v. Savigny Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter B. 1. S. 192.; Urk. v. J. 1235. bei Kopp von den hessischen Gerichten B. 1. S. 240.

Digitized by Google

durch einen der zu den Audienzverhandlungen bestellten Obergerichtsprocuratoren, diese ihre Absicht dem Obergerichte anzei-

---

Kindlinger münster. Beiträge B. 3. S. 182. not. f. Statut. Bremens. a. 1303. ord. 126, a. 1433. ord. 31. bei Oelrichs Samml. d. Gesetzbücher Bremens S. 140 und 515. Schles. Landr. B. 2. Cap. 12. pr., bei Böhme diplom. Beiträge z. schles. Rechte u. Geschichte. Th. 4. S. 65. Vergl. den Sachsenspy. B. 1. Art. 2.) dreimal im Jahre gehalten, von Jedem, der seinen eigenen Rauch in der Stadt hatte, besucht, und diente zur Verhandlung über hereditates, cespitalitatum proprietates et reipl. necessitates, (Cod. lat. iur. Lubec. ap. de Westphalen monum. inedita Tom. 3. coll. 622 u. 3.; und bei Dreyer verm. Abhdl. Th. 1. S. 446). Allein seitdem zu Lübeck im Jahre 1227. ein Oberstadtbuch eingerichtet war (Dreyer Einleit. zu den lüb. Verordn. S. 71), wurden die beiden ersten jener Gegenstände, mit Ausnahme des Beispruchs von Erbgütern, dem Echtding entzogen, und die Geschäfte und Verhandlungen darüber, mit Beibehaltung der Publicität vor dem sitzenden Rathe, in der öffentlichen Audienz des Raths, vorgenommen (Lüb. Recht v. J. 1240. Art. 9, 17, 18, 115. coll. Art. 24. ap. de Westphalen l. c. III. 640, 1 u. 652. coll. 642.), und demnächst in das Oberstadtbuch eingetragen. Weil nun aber dieses solchergestalt zur Constatirung und Aufbehaltung der wichtigsten Acte diente, so wurde und wird noch jetzt dort ein sehr strenges Verfahren beobachtet, namentlich keine Vollmacht oder Vertretung eines Andern zugelassen, die nicht zuvor vom Rathe confirmirt ist, (Revid. lüb. Cantzlei-Ordn. Kap. 4. §. 9. cum append. I. der Stadtbuchsordnung vom 6ten Junius 1818. §. 29. coll. §. 27, 28.), noch Jemand als Erbe anerkannt, der sein Erbrecht nicht durch Nächstzeugnisse, die ebenfalls in der Audienz abgelegt werden, oder durch ein confirmirtes Testament erwiesen hat. (Revid. Cantzl. Ordn. Kap. 3. §. 2. u. Stadtbuchsordn. v. 1818. §. 31, 32.) Uebrigens sind jetzt die Audienzverhandlungen als

gen läßt. Zugleich mit demselben treten zwei glaubwürdige Männer auf, und bezeugen, daß die Frau die Fähigkeit besitze, ihrem Handel und Gewerbe vorzustehen, auch wird, namentlich wenn Kinder aus verschiedenen Ehen des Verstorbenen vorhanden sind, noch wohl deren Zustimmung beigebracht[3]), und hienächst darauf angetragen, das Obergericht möge die Supplicantin mittelst Decrets als Handelsfrau bestätigen. Findet nun das Obergericht bei der Gewährung des Gesuches keinen Anstand, so wird in der öffentlichen Audienz der Bescheid verkündet, daß sie für eine Kauf- und Handelsfrau zu declariren sei, der Beschluß in das Nieder-Stadtbuch, worin solche und ähnliche Acte des künftigen liquiden Beweises wegen verzeichnet zu werden pflegen, eingetragen, und in den öffentlichen Anzeigen bekannt gemacht[4]). Diese Handlung wird die Einzeugung der Handelsfrauen, und sie selbst, die sich so öffentlich zu ihrem Gewerbe haben autorisiren lassen, werden eingezeugte oder declarirte Handelsfrauen genannt, im Gegen-

---

Gegenstände der willkührlichen Gerichtsbarkeit vom Senate dem Obergerichte überwiesen worden. (Lüb. Ger. Ordn. v. J. 1814. §. 46.)

[3]) So hat die Witwe Reddelien, bevor sie am 19ten Juni 1820. vom Obergerichte zur Handelsfrau declarirt wurde, die Zustimmung der Vormünder für die Kinder der beiden Ehen, worin ihr verstorbener Ehemann gestanden hatte, dargelegt.

[4]) Cf. Balemann l. c. pag. 250, 1. So hat das Obergericht am 2ten März 1815. die Witwe Köhler geb. Uhl in öffentlicher Audienz für eine Kauffrau erklärt, nachdem zwei Bürger und Handelsleute bezeugt hatten, daß sie die Fähigkeit besitze, ihrem Handel und Gewerbe vorzustehen. — Ueber den Gebrauch des niedern Stadtbuchs zur Verzeichnung solcher Acten vergl. Dreyer Einleit. S. 72. und Carstens Beiträge zur Erläuter. d. lüb. Rechts. 2te Samml. nr. V. §. 2—5.

Digitized by Google

satze derjenigen, welche, ohne diese Form beobachtet zu haben, bloß factisch Handel treiben. Die Frage ist nun aber die, ob ohne Einzeugung dem handeltreibenden Weibe die Rechte und Befugnisse einer Handelsfrau zukommen? —

§. 2.

Nach dem älteren lübischen Rechte, welches vor der im Jahre 1586 beendigten Revision der Statuten gegolten hat, kann die Bejahung dieser Frage keinem Bedenken unterliegen; denn es findet sich in demselben keine Spur von der Einzeugung der Weiber als Kauffrauen. Vielmehr wurde, wie in andern alten Rechten[5]), zum Begriffe einer Handelsfrau nichts

[5]) Die Verträge, welche die Weiber ohne Zustimmung ihrer Ehemänner oder Vormünder eingegangen hatten, waren nach den älteren statutarischen Rechten nicht schlechthin und unbedingt ungültig, sondern, wenn dieselben durch Anleihen, Ankäufe oder sonst Schulden contrahirt hatten, so konnte der Gläubiger sie deshalb in Anspruch nehmen. Allein er hatte kein weiteres Mittel zu seiner Befriedigung zu gelangen, als ihnen, so oft sie sich auf öffentlicher Straße sehen ließen, das oberste Kleid oder den in Lübeck üblichen Hoicken auszuziehen und denselben zu verkaufen. Er konnte aber weder darauf antragen, daß die Frau ihm der Schuld wegen zu Hand und Halfter übergeben, daß ihm ein Fangzettel auf dieselbe ertheilt werde, noch konnte er den Ehemann seiner Schuldnerin zur Zahlung für dieselbe aus dem Sammtgute nöthigen, wenn nicht etwa die Schuld zum Besten der Haushaltung contrahirt war (Sachs. Sp. I. 31. Hamburg. Statut. v. J. 1270. IX. 13. v. 1292. M. 10. 1497. L. 6. v. J. 1603. II. 8. Art. 1. Stader Statut. v. 1279. VI. 12. Brem. Statut. v. 1303. Ord. 92. bei Oelrichs S. 120. Rev. lüb. Recht I. 3. Art. 1. Augsburg. Statut. v. J. 1276. Art. 423. in Walch verm. Beiträgen Th. 4. S. 413, 4.), oder der Ehemann sonst sich die Vortheile aus dem Vertrage seiner Frau mit angeeignet, z. B. das von ihr

weiter erfordert, als daß sie factisch Handel als Gewerbe trieb. Denn an den Satz, daß kein Weib Macht habe, ihr Gut zu

---

gemiethete Haus mit bewohnt hatte. (Schles. Landr. Lib. 2. cap. 2. dist. 11. bei Böhme in den diplomat. Beitr. z. d. schles. Nr. u. Geschichte Th. 4. S. 52). So wie nun im alten lübischen Rechte die von obigen Regeln bei der Handelsfrau eintretenden Ausnahmen zunächst nur in der Beziehung aufgestellt sind, daß sie dann selbst haften soll, so finden sie sich umgekehrt in andern alten Rechten bei der zweiten Regel, daß der Mann die Schulden seiner Frau nicht zu bezahlen braucht, erwähnt, und wird es hiebei als völlig genügend angesehen, wenn die Frau nur de facto Handel treibt. In der alten söster Skrae Art. 51. (Emminghaus memorabilia susatensia pag. 155) heißt es dieserhalb: „Item velich Mann eyn echte Wyf hevet dey kopet ande verkopet, weyrt dey Man beclaghet umme dey Schult, dey sey ghemaket hevet, dey sal de Man helpen ghelden van ar beyder Ghude;" und in den rigaischen Statuten P. 1. Art. 11. (Dat rigische Recht von Oelrichs S. 6.): „Men mach kene Fruwe to Pande geven vor Gelt, de nicht betalen mach, sundern men erlovet dem Sakewalter (h. der Parthei, dem Kläger) tho allen tiden er overste Kleit, to so langer tydt, dat he syn Gudt hefft. Idt mach ock keine Fruwe Gudt kopen erem echten Manne dat er Man gelden sall, sundere Wimpele, Syrkale und Flass, er echte Man bescheide und wilkore idt denne, so wat se kopt he dat gelden und betalen wil; sunder wat eyne Kopfruwe kofft de mit Federwar umbgeit dat sall er Man gelden. Item wat eyne Fruwe kofft ane eren Man, dat mach se woll vorkopen ane en, und dat blifft stede." Auf gleiche Weise findet sich die Sache in den Coutumes de Bourgogne rubr. 4. §. 1., wo an den Satz, daß die Frau ohne Autorisation ihres Mannes weder unter Lebenden noch auf den Todesfall über das Ihrige verfügen kann, die Ausnahme angefügt wird: . . . „si elle n'est marchande publique: Auquel

verkaufen, zu verpfänden, zu vergeben, oder eine Bürgschaft von mehr als drittehalb Pfennigen zu übernehmen, wenn ihr Vormund nicht sein Vollwort dazu ertheilt hatte, wird die Ausnahme geknüpft: „exceptis illis que specialiter habent Copscat et solent emere et vendere,“ [6]) oder, wie es in den deutschen Recensionen ausgedrückt wird: „sunder de gene de Kopschap hebben, und kopen, und verkopen, so wat se loven, dat scholen se holden,“ [7]) oder auch: „sundern dejennen, de Kopenschop hebben, de sind mechtich gelick Man-

---

cas pour fait de marchandise seulement, elle peut faire tous contracts et obligations pour le fait de sa dicte marchandise, et esdicts contracts est tenu et obligé son dict mari.“ (Chassenaeus ad Consuet. Burgund. col. 499.) Cf. Stat. Paris. art. 235. (Mantzel D. de femina mercatrice thes. VI. nr. II. in Gesterding thesaur. iur. Lubec. T. 2. p. 648.) Der Satz dürfte übrigens darauf beruhen, daß der Ertrag des Handels als dem Manne mit zu gute kommend angenommen wurde, und daher, was die Verpflichtung des Ehemannes betrifft, selbst nach jenen Rechten ein Anderes für den Fall gelten, wenn die Frau sich aus ihrem Handelsgewinnste ein separates peculium bildete. In diesem Sinne findet sich der Satz auch noch in dem neuesten französischen Rechte, wonach die Handelsfrau, die dieses nur mit Consens ihres Ehemannes sein darf, diesen mit verpflichtet, wenn zwischen ihnen Gütergemeinschaft besteht. Code civil art. 220. Code de Commerce art. 5. coll. Code civ. art. 1426.

[6]) de Westphalen l. c. III. 624. Dreyer verm. Abhandl. I. 450. 1.

[7]) Cod. v. 1240. Art. 21. bei de Westphalen III. 642. Oldenburg. Cod. bei Christiani Geschichte d. Herzogth. Schleswig und Holstein. Th. 2. S. 538, 9. Cod. Brock. I. art. 22. hinter v. Brockes obs. for.

Digitized by Google

nen“ [8]). Ueberall wird hier darauf gesehen, daß das Weib Kaufmannschaft habe, und, wie dieses besonders die lateinischen Codices durch das Wort „solent“ hervorheben, daß sie aus dem Kaufen und Verkaufen ein Gewerbe mache.

§. 3.

In den revidirten Statuten findet sich nun aber theils diese Vorschrift mit den Worten wiederholt:

„Es mag keine Frau ihr Gut verkaufen noch versetzen, ohne ihrer Vormünder Vollwort, Wissen und Willen. So mag auch keine Frau höher Bürge werden ohne Willen der Vormünder dann vor drittehalb Pfenning, außerhalb derer, welche Kaufmannschaft, Handel und Wandel treiben, was dieselben geloben, das müssen sie gelten und bezahlen“ [9]);

womit noch folgende andere, von den Revisoren hinzugefügte Bestimmung zu verbinden ist:

„Eine Kauffrau, was sie kaufft, muß sie zahlen. Eine Kauf=Frau aber ist, welche aus= und einkaufft, offene Laden und Fenster hält, mit Gewicht, Wage, Maß und Ellen aus= und ein=wieget und misset“ [10]);

---

[8]) Cod. Brock. II. art. 6. III. art. 345. Kollii Rechtsbuch Art. 92.

[9]) Revid. lüb. Recht. I. 10. Art. 1.

[10]) Revid. lüb. Recht. III. 6. Art. 21. Im Gegensatze hievon verordnet Art. 13. desselben Titels: „Es kann keine Frau, sie sei dann eine Kauffrau, mehr kaufen, ohne ihres Mannes oder ihrer Vormünder Wissen, denn Leinwand und Flachs zu ihres Hauses Nothdurft.“ Vergl. Cod. Brock. III. Art. 378. Beiläufig wird der Verpflichtung der Handelsfrau auch noch gedacht in den Statdt. I. 5. Art. 7. Die gleichen Vorschriften finden sich in den Statut. v. Rostock v. J. 1757. I. 10. Art. 1. u. III.

Digitized by Google

theils wird bei Gelegenheit des Satzes, daß eine Frau nach lübischem Rechte kein Testament machen kann, wenn ihr nicht die Macht hiezu von ihrem verstorbenen Manne in seinem Testamente gegeben worden ist, noch eine zweite Ausnahme von dieser Regel aufgestellt des Inhalts:

. . . „Wäre sie aber eine Kauffrau, und also vor dem Rathe gezeuget, so mag sie ein Testament machen, von ihrem wolgewonnenen Gute, doch mit ihrer Vormünder und nehesten Erben Bewilligung[11]).“

§. 4.

Hierin haben nun mehrere Schriftsteller über das lübische Recht die allgemeine Bestimmung finden wollen, daß, insofern nicht der Witwe im Testamente ihres Mannes die Qualität einer Handelsfrau beigelegt, und dieses zugleich mit dem Testamente bestätigt ist, die Einzeugung vor dem Rathe, oder jetzt vor dem Obergerichte, nothwendig sei, um dem Weibe die Rechte einer Handelsfrau beizulegen; indem sie die Worte: „und also vor dem Rathe gezeuget,“ so verstehen, daß das „also“ für folglich gesetzt und als ob damit gesagt sei, daß es bei einer Handelsfrau vorausgesetzt werde, sie sei vor dem Rathe eingezeugt. Man hat zur Unterstützung dieser Meinung auch noch eine Stelle der ältern Oberstadtbuchsordnung in

---

6. Art. 18. Vergl. die hamburg. Statut. II. 8. Art. 1; die Ger. Ordn. v. Memmingen v. J. 1751. Tit. 22. §. 7; und das preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 488.

[11]) Rev. lüb. Recht. II. 1. Art. 14. Der ganze Artikel ist erst von den Revisoren hinzugefügt. Vergl. Runde v. d. Gebrauche d. lüb. Rechts in den mecklenburg. Städten. §. 18 — 20. (in dessen Beiträgen z. Erläuter. rechtl. Gegenstände. B. 1. S. 235 — 41. und in Gesterding analecta iuris Lubec. p. 103 — 8.)

Digitized by Google

Bezug genommen, worin es heißt, Ein hochweiser Rath declarire hiemit ausdrücklich:

> . . . „Daß die Declarationes der Kaufffrauen, und die Macht, die ihnen dadurch gegeben werde, nicht auf das Obere-Stadtbuch, sondern allein auff ihren Kaufffhandel gemeinet sei . . .“ [12]).

Hier sei es ja klar ausgesprochen, daß die Frau durch die obrigkeitliche Erklärung zur Kauffrau erst die Macht erhalte, Handelsgeschäfte zu treiben; und sollte dieses daher auch noch nicht ursprünglich mit der obigen Vorschrift der Statuten gemeint gewesen sein, so erhelle doch, daß man dieselbe später dahin verstanden haben müsse, und sei nunmehr diese Auslegung durch die Gesetzgebung sanctionirt worden. Auch hat man sich daneben noch wohl auf das Herkommen, und auf die Analogie von den Minderjährigen berufen, welche, um die Rechte Großjähriger zu erlangen, auch in Lübeck einer ihnen von der Obrigkeit ertheilten förmlichen Mündigkeitserklärung bedürften, und diese Analogie um so entscheidender geachtet, da Weiber, so wie nach vielen verwandten so auch namentlich nach lübischen Rechten [13]), beständig unmündig bleiben [14]).

[12]) Appendix sec. der Ordnung des Obern Stadtbuchs vom 27sten Nov. 1680 hinter der Folioausgabe der Statut. v. J. 1728. pag. 71.

[13]) Lüb. Statut. I. 7. Art. 4, 8, 12. Vergl. die hamb. Statut. III. 6. Art. 9 u. 21. und besonders I. 9. Art. 1. coll. II. 6. Art. 2. wo es heißt: „Knaben unter achtzehn (nach neuerem Rechte unter 22. s. Klefecker Samml. d. hamburg. Ges. u. Verf. Th. 3. S. 543, 4. u. 686—91. Th. 4. S. 149—151. Verordn. v. 31sten März 1813. üb. d. Vormundschaften. I. 5.) und alle Frauen und Jungfrauen werden nach unserm Stadtrechte unmündig gehalten . . .“

[14]) A. C. Tonnagel (praes. I. F. Manzel) D. de femina mer-

Digitized by Google

§. 5.

Dagegen aber halten die Mehrsten die Einzeugung und obrigkeitliche Bestätigung der Handelsfrauen für die Betreibung ihrer Handelsgeschäfte nicht für nothwendig[15]), und diese

catrice. Rostochii 1741. Thes. VII. nr. 3. (in Gesterding thesaur iur. Lubec. Tom. 2. pag. 651, 2.) Stein Abhandl. d. lüb. Rechts. Th. 2. §. 94. in nota. §. 171. in nota. §. 291. in nota *) und Th. 3. §. 138. Balemann l. c. pag. 249 — 51. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. B. 3. §. 292. Archiv f. d. Handelsrecht. B. 1. nr. XI. pag. 174. nota **). Bender Grundsätze des deutschen Handlungsrechts. B. 1. §. 38. nota t.

[15]) Viele Schriftsteller über das lübische Recht schweigen von dem Erfordernisse der Einzeugung gänzlich, indem sie von den Requisiten der Handelsfrau reden. So namentlich Mevius in commentar. ad ius Lubec. I. 10. art. 1. nr. 56 — 62. II. 1. art. 14. nr. 4. et III. 6. art. 21. nr. 34 — 41. Marquard de iure mercatorum lib. 1. cap. 12. nr. 16, 17. E. L. Kundenreich D. de obligatione mulierum ex statut. Lubec. Altdorfi 1685. cap. I. nr. 25 — 29. Dahin gehört auch Stein in der später als die gründliche Abhandlung des lüb. Rechts erschienenen Einleitung zur lüb. Rechtsgel. §. 145 und 158. Andere dagegen haben sich bestimmt dahin erklärt, daß die Handelsfrau auch in Lübeck der obrigkeitlichen Confirmation nicht bedürfe. An der Spitze dieser steht der Niedergerichtsprocurator Joach Roeder D. de. confirmatione senatus ad impetrand. qualit. foem. mercatricis iure Lubec. neutiquam necessaria, Trajecti ad Rhen. 1743., und dem hat selbst Manzel ius Mecklenb. et Lubec. illustratum P. 3. cent. V. iudic. 31. coll 75. pag. 273. 4, 291. beigepflichtet, indem er die früher in der Tonnagelschen Dissertation geäußerte abweichende Ansicht nunmehr dahin zu deuten suchte, als habe bloß behauptet werden sollen, daß die Confirmation der Handelsfrauen zu Lübeck nicht ungewöhnlich, und daß sie

Digitized by Google

Meinung hat die bei weitem überwiegenden Gründe für sich. Sieht man nämlich zuvörderst bloß auf die Statuten, so wird in der oben angeführten Stelle, worin recht eigentlich der Begriff der Handelsfrau bestimmt werden soll, nämlich B. 3. Tit. 6. Art. 21. nichts weiter verlangt, als daß sie einkauft und verkauft, dieses, indem sie einen offenen Laden hält, gewerbsmäßig treibt, und sich der Geschäfte persönlich annimt. Daß sie aber außerdem noch einer obrigkeitlichen Autorisation bedürfe, ist nicht entfernt angedeutet, und doch hätte die Erwähnung derselben nahe gelegen, wenn ohne dieselbe den Frauen das Recht Handel zu treiben nicht zugestanden werden sollte. Zwar ist an dieser Stelle eines anderen Erfordernisses, daß nämlich der lebende oder verstorbene Ehemann der Handelsfrau zu einem der commercirenden Collegien gehöre oder vormals gehört habe, oder daß sie selbst in ein solches Collegium eintrete[15], nicht gedacht; allein dieses war hier füglich zu übergehen, weil es auf einer allgemeinen, in der Verfassung begründeten Beschränkung der Handelsfreiheit beruhet, und brauchte es auch schon um deshalb hier nicht erwähnt zu werden, weil es in privatrechtlicher Beziehung sehr unwesentlich ist. Da nämlich Frauen schon ohnehin Rechte unbeschränkt erwerben, und das eigenthümliche Verhältniß der

---

nicht ohne Nutzen sei. Außerdem billigen die Ansicht Röders Reimbold D. de femina mercatrice ad P. 2. tit. 8. art. 1. iur. Hamburg. Buetzovii 1779. 4. §. 11. vers. fin. Dreyer Beiträge zur Literat. u. Geschichte d. deutsch. Rechts, B. 1. S. 75. Not. 5. und Gütschow D. studia Lubecensium promovendi commercia sua. Götting. 1788. 4. pag. 50. not. 1.

[15] Mevius ad ius Lubec. III. 6. art. 21. nr. 6 — 10, 44. Tonnagel D. cit. thes. VII. nr. 2. Balemann l. c. pag. 250.

Digitized by Google

Handelsfrauen nur darin besteht, daß sie sich durch Handelsgeschäfte auch gleich Männern verpflichten können, diese Verpflichtung aber auch bei denen eintreten muß, welche unbefugter Weise Handel treiben, weil dieselben aus ihrer eigenen Illegalität keinen Vortheil ziehen können, so gehört es in privatrechtlicher Hinsicht eigentlich gar nicht zum Begriff der Handelsfrau, daß sie auch nach den Zunft- und Gewerbs-Einrichtungen der Handelsclasse zugeordnet worden sei. Ganz anders würde es sich dagegen mit der Einzeugung verhalten, wenn diese bei den Handelsfrauen für nothwendig erachtet werden könnte; denn dann würden die nicht bestätigten sich gar nicht weiter, als jedes andere Frauenzimmer gültig verpflichten können.

§. 6.

Nun ist freilich im Art. 14. Tit. 1. Th. 2. der lübischen Statuten der Einzeugung der Handelsfrauen Erwähnung geschehen, aber keinesweges dispositiv, so daß dieselbe als unerläßliche Bedingung für jede Handelsfrau vorgeschrieben wäre; sondern es wird derselben nur bei der Gelegenheit gedacht, daß die Handelsfrau über ihr wohlgewonnenes Vermögen eine letztwillige Verfügung zu treffen beabsichtigt. Man kann daher eine allgemeine Bestimmung, daß die Handelsfrauen eingezeugt sein sollen, in dieser Stelle nur insofern finden, als man die Worte „und also" für „und folglich" gesagt versteht, und annimt, es sei hier beiläufig als etwas vom Begriffe der Handelsfrau Unzertrennliches und sich von selbst Verstehendes erwähnt worden, daß die Handelsfrauen eingezeugt werden müßten. Diese Auslegung hat aber Alles wider sich. Sie paßt nicht zur grammatischen Interpretation der Stelle, denn versteht man die Worte „und also" in dem eben angegebenen Sinne, so würde die Angabe dessen, was vor

Digitized by Google

dem Rathe eingezeugt worden ist, fehlen, und der Context mangelhaft erscheinen; nimt man aber jene Worte in der natürlichen Bedeutung für „und als solche", so construirt sich der Satz leicht und ohne grammatischen Anstoß. Dann aber ergiebt sich als Sinn derselben auch nur, daß Frauen, die Handelsfrauen sind, und von denen, daß sie dieses sind, gehörig eingezeugt worden ist, unter einer näher angegebenen Modalität zu testiren befugt sein sollen. Jene Auslegung würde sich ferner nur etwa dann vertheidigen lassen, wenn die Einzeugung der Handelsfrauen damals in beständiger Uebung gewesen wäre; aber, da dem älteren geschriebenen lübischen Rechte diese Form gezeigter Maaßen ganz fremd ist, und dieselbe auch in andern verwandten Rechten nicht angetroffen wird, so erscheint es schon an sich höchst unwahrscheinlich, daß eine solche Praxis am Ende des sechszehnten Jahrhunderts bereits existirt haben sollte, und ist davon in den Stadtbüchern, wo die Fälle doch verzeichnet sein müßten, auch keine Spur anzutreffen.

§. 7.

Bezieht man nun aber das Gesetz bloß auf die Testamentifaction der Handelsfrauen, so dient es vielmehr zur Widerlegung der gegentheiligen Meinung, denn dafür, daß einer Frau die Rechte der Handelsfrau zukommen, sind dann gar keine neuen Requisite vorgeschrieben, sondern es ist lediglich verordnet, daß diejenigen, welche schon Handelsfrauen sind, diese ihre Eigenschaft gehörig einzeugen lassen müssen, wenn sie über ihr erworbenes Vemögen letztwillig verfügen wollen. Es heißt in dem Gesetze bloß, daß die Handelsfrau als solche *eingezeugt*, d. h. daß dem Rathe durch Zeugen dargethan werden soll, die Frau sei eine Handelsfrau; keineswegs, daß sie durch solches Zeugniß erst eine Handelsfrau

Digitized by Google

werde, und noch weniger, daß ihre Tüchtigkeit, einem Handel vorzustehen, eingezeugt oder wohl gar erst auf solches Zeugniß sie vom Rathe anerkannt, und ihr mittelst eines Bescheides die Befugniß, Handel zu treiben, beigelegt werden solle. Gesetzt aber auch, man könnte dieses alles in jenem Gesetze finden, so würde das doch immer nur für den Fall, wenn die Handelsfrau testiren will, geordnet sein, und könnte, ohne gegen alle Regeln der Auslegung zu verstoßen, eine solche specielle Vorschrift nicht auf alle andere Geschäfte, welche dieselbe vorzunehmen beabsichtigt, bezogen werden.

§. 8.

Ein solches Generalisiren müßte zumal in einem Falle, wie dem vorliegenden, für ganz unstatthaft geachtet werden, da sich sehr wahrscheinlich machen läßt, daß die Revisoren des lübischen Rechts durch die Eigenthümlichkeit der bei Testamenten eintretenden Verhältnisse veranlaßt worden sind, dafür eine besondere Verfügung zu treffen. Im älteren lübischen Rechte werden nur Testamente von Männern, nicht aber von Frauen erwähnt[17]; wie es denn auch, bei dem Verbote über Erbgüter zu verfügen, den Letzteren in der Regel an einem Vermögen, worüber sie hätten testiren können, fehlen mußte[18]. Ferner war die Form, worin Männer ihren letzten Willen anordneten, nach jenem Rechte lediglich die, daß sie denselben vor zwei Rathmannen erklärten[19]. Diese letztere Form, jedoch

[17]) Lüb. Recht v. 1240. Art. 9, 161, 172, 185, 200. (de Westphalen. III. 640, 657, 659, 661 u. 663.) Cod. Brock. I. art. 186 — 9. II. art. 19 u. 23. III. art. 59. 60.

[18]) Brockes select. obs. for. obs. 314. Runde loco not. 11. cit. §. 20.

[19]) Lüb. Recht. v. 1240. Art. 161. (de Westphalen. III. 657.) Cod. Brock. I. art. 186.

Digitized by Google

in der Maaße, daß der Erblaſſer entweder ſeinen Willen den Rathmannen mündlich mittheilte oder ihnen denſelben ſchriftlich abgefaßt übergab, ſanctionirte nun auch das revidirte lübiſche Recht, und verordnete dabei zugleich, daß alle Teſtamente von den verordneten Teſtamentsvollſtreckern gerichtlich producirt und verleſen werden ſollten, worauf ſodann, wenn keine Mängel ſich hervorthaten, die gerichtliche Confirmation derſelben erfolgte [20]). Zugleich ertheilte das revidirte Statut den Frauen das Recht der Teſtamentifaction, aber nur in den beiden Fällen, wenn entweder ihr verſtorbener Mann ihr die Macht hiezu in ſeinem Teſtamente eingeräumt hattte, und dann mit Beſchränkung auf die ihr von ihrem Manne gegebenen und zur letztwilligen Verfügung überlaſſenen Güter, oder wenn ſie eine Kauffrau war, über ihr wohlgewonnenes Gut [21]). In dem

---

[20]) Revid. lüb. R. II. 1. Art. 2, 4, 11, 13. coll. 16. Cf. G. H. Lamprecht D. de forma heredis institution. ex iure German. praesert. Lubec. Goetting. 1760. 4. §. 10, 11. ibique citt. ap. Gesterding thesaur. iur. Lubec. Tom. I. p. 109 — 116.

[21]) Revid. lüb. Recht. II. 1. Art. 14. coll. 12. Nach dem hamburg. Rechte ſtand der Frau ſchon von Alters her die Befugniß zu, das von ihr ſelbſt erworbene Gut, ſo wie ſie es unter Lebenden ſogar ohne Zuſtimmung ihres Ehemannes oder anderweitigen Vormundes wieder veräußern durfte, (ſ. d. Not. 5. angeführten Stellen der Statuten), ſo auch als kinderloſe Witwe darüber auf den Todesfall mit Zuſtimmung des Vormundes zu verfügen. (Hamburg. Statut. v. 1270. IV. 2 coll. 4. v. 1276. IV. 2. coll. 4. v. 1292. F. 2. coll. 4. v. 1497. K. 9. coll. 10. v. 1603. III. 1. Art. 4.) Daß auch in Lübeck den Weibern vor dem revidirten Statute ſolche Befugniß hinſichtlich ihres wohlgewonnenen Gutes zugeſtanden habe, iſt, obwohl dem das Erbgutsſyſtem nicht entgegen ſtand, ſehr zu bezweifeln;

Digitized by Google

erſteren Falle war es nun bereits aus dem Teſtamente des verſtorbenen Ehemannes klar, daß und worüber der Witwe die Befugniß zu teſtiren zuſtehe, in dem letzteren aber konnte hierüber hinterdrein leicht ein Zweifel entſtehen, wenn etwa eine Ungewißheit obwaltete, ob die Frau wirklich Handelsfrau geweſen ſei oder nicht. Sehr begreiflich iſt es nun aber, daß die öffentlichen Behörden ſich ungern dazu hergeben wollten, unter ihrer Autorität ein Teſtament verfertigen zu laſſen, welches hinterher leicht wieder umgeſtoßen werden konnte, und daß man Weitläuftigkeiten, die künftig bei der gerichtlichen Confirmation des letzten Willens entſtehen möchten, möglichſt vorzubauen ſuchte. Sehr natürlich muß es daher erſcheinen, daß man für dieſen beſonderen Fall die Verordnung traf, die Frau, welche als Handelsfrau auf das Recht, einen letzten Willen zu gründen, Anſpruch mache, müſſe zuvor jene ihre Qualität gebührend documentiren; daß aber keine Veranlaſſung obwaltete, daſſelbe auch für gewöhnliche Handelsgeſchäfte, welche dieſelbe mit andern Privatperſonen eingehen wollte, zu verordnen. Aus den Statuten kann daher die Nothwendigkeit der Einzeugung einer Handelsfrau bloß zu dem Zwecke, um die Fähigkeit zu erwerben, Handelsgeſchäfte abzuſchließen, nicht abgeleitet werden.

§. 9.

Eben ſo wenig aber bringt dieſes die ferner dieſerhalb in Bezug genommene Stelle aus dem Anhange zur älteren Ober-Stadtbuchs-Ordnung mit ſich. Zwar wird hier beiläufig

da ſich in den älteren Statuten davon keine Spur findet, und da ſelbſt die revidirten Statuten nur der Handelsfrau ſolches Recht einräumen, obwohl auch andere Frauen, z. B. durch Erſparungen von den Einkünften ihrer Erbgüter, wohlgewonnenes Vermögen haben können.

Digitized by Google

von der Macht, welche durch die Declarationen der Kauffrauen denſelben ertheilt werden, geredet, und es ſcheint mithin, als ſei hierin ausgeſprochen, daß die obrigkeitliche Beſtätigung der Handelsfrauen denſelben ſogar in Beziehung auf ihre Handelsgeſchäfte Befugniſſe ertheile, welche ſie ohnehin nicht haben. Allein betrachtet man jene Verordnung in ihrem Zuſammenhange, ſo hat ſie unverkennbar nur den Zweck, dem Irrthume zu begegnen, als ob durch Einzeugung der Handelsfrauen vor dem Rathe, dieſelben auch zu ſolchen Handlungen, die vor dem Oberſtadtbuche vorgenommen werden, ohne daß ſie ihren Curator zuzuziehen brauchten, ermächtigt würden. Dieſes Letztere wird für unſtatthaft erklärt, und der Protonotarius angewieſen, dieſes nicht zuzulaſſen, weil die Einzeugung ſich lediglich auf die Kaufhändel der Frau beziehe. Daß aber zur gültigen Betreibung dieſer ihrer Handelsgeſchäfte die Einzeugung nothwendig gehöre, iſt nicht geſagt, und läßt ſich auf keinen Fall annehmen, daß durch eine ſolche gelegentliche Aeußerung in einer, zu einem ganz andern Zwecke erlaſſenen Verordnung, an dem beſtehenden Rechte etwas habe geändert werden ſollen. Unerheblich iſt nun aber auch die obrigkeitliche Confirmation der Handelsfrauen nicht durchaus, und behält daher jene Aeußerung immer noch einen richtigen Sinn, wenn ſie auch nicht von der Nothwendigkeit der Einzeugung verſtanden werden kann; denn nicht nur, daß ſie dadurch die Befugniß erhält, über das in ihrem Handel erworbene Vermögen letztwillig zu verfügen, ſo gewinnt ſie auch ein liquides Beweismittel für alle Fälle, wo es ihr darauf ankommt, ſich als Handelsfrau zu legitimiren.

§. 10.

Ferner hat man ſich auf das Herkommen berufen, und zum Erweiſe deſſelben ſich auf das Niedere-Stadtbuch bezo-

Digitized by Google

gen, worin zufolge einer, in der neueren Zeit vorgenommenen Untersuchung, seit dem Jahre 1756 bis jetzt die Einzeugungen von 35 Handelsfrauen verzeichnet stehen; auch es geltend gemacht, daß mehreren Frauen die nachgesuchte Confirmation als Handelsfrauen abgeschlagen worden sei, woraus erhelle, daß solches keineswegs als eine leere Förmlichkeit angesehen werden könne. Wird aber nun auch diese ganze Behauptung nur auf solche Frauen bezogen, die einen erheblicheren und ausgedehnteren Groß- oder Klein-Handel treiben, und von welchen bei dieser Frage wohl nur allein die Rede sein kann, denn an die Confirmation der Trödlerinnen, der Höckerei treibenden und ähnlicher handelnden Weiber ist auch in Lübeck sicher nie gedacht worden; so hat man doch eine ungleich größere Zahl von Handelsfrauen nachgewiesen, die jetzt und vormals zu Lübeck Handelsgeschäfte getrieben haben, und öffentlich als Handelsfrauen anerkannt worden sind, ohne als solche eingezeugt und bestätigt zu sein. Es kann daher der Umstand, daß Andere sich haben einzeugen lassen, was ohnehin wohl mehrentheils durch besondere Gründe, namentlich durch die Absicht, ein Testament zu errichten, oder wegen des concurrirenden Interesses minderjähriger Kinder, deren Vermögen sich noch unter der Administration der Mutter befand, veranlaßt worden ist, kein Gewohnheitsrecht constituiren, da dieses sich nur durch die übereinstimmende Handlungsweise Aller bildet. Und, wenn auch in einzelnen Fällen die gebetene Confirmation abgeschlagen worden ist, so beweist dieses nicht die Nothwendigkeit dieses Actes, sondern es erklärt sich das aus der besonderen Beschaffenheit jener Fälle, vermöge welcher die Obrigkeit es der Supplicantin nicht gestatten konnte, Handel zu treiben. So wurde ein solches Gesuch der Witwe von Joachim Olorgs am 30sten Juni 1747. deshalb abgeschlagen,

Digitized by Google

weil ihr verstorbener Ehemann in keinem der commercirenden Collegien gestanden habe[22]).

§. 11.

Dagegen aber ist mehrere Male nach gepflogenen contradictorischen Verhandlungen für Recht erkannt worden, daß auch die nicht eingezeugten handeltreibenden Frauen als Handelsfrauen anzusehen seien, und sich als solche in ihren Handelsgeschäften ohne Beistand ihres Curators gültig verpflichten könnten. Es sind besonders zwei Fälle, die hierher gehören, und aus den auf der lübischen Registratur aufbehaltenen Acten mitgetheilt werden.

§. 12.

Der erstere dieser Fälle hat sich gegen das Ende des siebzehnten Jahrhunderts zugetragen. Damals wurde die Witwe von Essen als Handelsfrau von der Witwe Brauer aus einer von ihr acceptirten Assignation in Anspruch genommen, und auf ihr Läugnen, gehörig zur Handelsfrau erklärt worden zu sein, am 4ten Dec. 1686. von der Klage entbunden, es könnte denn die Klägerin erweisen, daß die Beklagte von dem Rathe für eine Kauffrau erklärt worden sei. Auf die dawider von der Klägerin eingewandte Appellation erging aber am 14ten Nov. 1690. bei dem damaligen Appellationsgerichte ein reformatorisches Erkenntniß, wodurch der Beklagten der Beweis des von ihr wegen der nothwendigen Einzeugung der Handelsfrauen behaupteten Gewohnheitsrechts auferlegt wurde. Diesen Beweis trat sie durch zwei Zeugen an, denen der Ar-

[22]) Balemann l. c. pag. 250. Einen zweiten Fall der Art aus den 1740er Jahren führt der Referent in der weiter unten §. 14. zu erwähnenden Sache an, wo der Witwe Notturf ein solches Gesuch abgeschlagen wurde, weil sie eine Wirthschaft und Kranzgerechtigkeit hatte.

Digitized by Google

tikel vorgelegt wurde: „Wahr, daß nach dieser Stadt Gewohnheit eine Kaufmanns-Witwe für eine Kauffrau nicht zu achten, ehe und bevor sie Beweis eingebracht, daß sie geschickt ihres Mannes geführte Handlung fortzusetzen, und darauf für eine Kauffrau publico decreto senatus erkläret und bestätiget sei".

§. 13.

Hierauf hat der erste Zeuge nichts von Erheblichkeit auszusagen gewußt. Der zweite Zeuge, der damalige Protonotar Arnold Isselhorst aber deponirt: „Zeuge sei nunmehr 42 Jahr bei dieser Stadt, anfänglich Secretarius und nunmehr ins siebzehnte Jahr Protonotarius gewesen, und wären im Anfange solcher seiner Dienste viele Jahre lang nach einander, in judicio superiori ut et appellatorio diejenigen für Kauffrauen, welche, was sie gekauft, zahlen müssen, absque declaratione amplissimi senatus gehalten worden, die juxta artic. 21. tit. 6. lib. 3. juris Lubecensis wirklich aus- und eingekauft, offene Fenster und Laden gehalten, mit Gewicht, Wage, Maaß und Ellen aus- und eingewogen und gemessen hätten. Vor etzlichen, nicht gar vielen Jahren aber wäre es erst aufgekommen, daß sich eine und andere Frau ab amplissimo senatu, nachdem vor demselben von zween Männern bezeuget worden, daß sie ihre Kaufmannschaft verstünden, und derselben wohl vorstehen könnten, publico decreto für Kauffrauen declariren lassen. Ob es aber von Allen, welche juxta dict. art. 21. aus- und eingekauft, offene Laden und Fenster gehabt und noch haben, geschehen sei, und ob nicht auch viel dergleichen wirkliche Kauffrauen sich nicht declariren lassen, könnte Zeuge nicht sagen. Daher er denn auch für gewiß nicht sagen könnte, daß es nunmehr eine vollkommene Gewohnheit wäre, daß alle Kauffrauen, auch diejenigen, die dictus art. 21. und also

Digitized by Google

ipsum jus für Kauffrauen declariret, sich ab amplissimo senatu auch für Kauffrauen declariren lassen müßten." Nach dieser Deposition — die übrigens zeigt, wie wenig man die Einzeugung der Handelsfrauen als durch die lübischen Statuten geboten angesehen hat, und wie lange nach der Revision der Statuten man erst auf dieselbe gekommen ist — wurde denn der, der Beklagten auferlegte Beweis für verfehlt erklärt, und dieselbe, obwohl sie als Handelsfrau nicht eingezeugt war, mittelst Erkenntnisses vom 23sten November 1694 zur Bezahlung der eingeklagten Handlungsschuld verurtheilt[25]).

§. 14.

Der zweite, in der Mitte des vorigen Jahrhunderts vorgekommene Fall betraf einen Wechsel, den die Witwe Mangold ohne Zuziehung ihres Curators ausgestellt, und der Klage des Einhabers Scholvien auf Bezahlung desselben die Einrede entgegen gesetzt hatte, daß, wenn sie gleich Handel treibe, sie doch nicht vom Rathe als Handelsfrau confirmirt worden sei. Es hat aber das Niedergericht am 16ten Januar 1740. diesen Einwand verworfen, und die Beklagte zur Bezahlung des Wechsels verurtheilt, und der Senat am 13ten Oct. 1741. dieses Erkenntniß lediglich bestätigt, obwohl der damalige Referent, der Protonotarius H. D. Balemann sich in seinem Vortrage zu zeigen bemühet hatte, daß die Einzeugung der Handelsfrauen in den Statuten vorgeschrieben, in der Praxis gewöhnlich, und im Interesse des öffentlichen Wohls sei, indem durch die, der obrigkeitlichen Bestätigung vorangehende causae cognitio ermittelt werden könne, ob die Supplicantin auch fähig sei, dem Geschäfte vorzustehen, oder ob nicht

---

[25]) Dieses Erkenntniß ist bereits erwähnt von Rodder, D. cit. §. 8.

Digitized by Google

vielmehr zu besorgen stehe, daß sie sich durch den Handel um das Ihrige bringen werde[24]). Also auch in der Praxis und in dem Gerichtsgebrauche findet sich keine Stütze für die behauptete Nothwendigkeit der Einzeugung der Handelsfrauen.

§. 15.

Und wenn man endlich eine solche in dem, was die Gesetze über die Volljährigkeitserklärung der Minderjährigen vorschreiben, und in der Ansicht, daß die Weiber beständig unmündig bleiben, hat finden wollen; so muß dabei freilich so viel zugegeben werden, daß die strenge und consequente Durchführung des letzteren Prinzips es mit sich bringen würde, handeltreibende Frauen auch aus den, ohne Zuziehung ihres Curators geschlossenen Handelsgeschäften nicht für verpflichtet zu erklären, wie dieses denn auch nach den älteren germanischen Rechten, die von einem besonderen Rechtsverhältnisse der Handelsfrauen nichts wissen, unbedenklich anzunehmen ist, und wie es noch jetzt hin und wieder so gehalten wird[25]). Weicht nun aber einmal die Gesetzgebung oder die Praxis von dieser Strenge ab, und läßt die Handelsfrauen durch Handelsgeschäfte sich vollgültig verpflichten; so hängt es auch von dem Gesetze ab, was es dazu erfordern will, um ein Frauenzimmer zu einer Handelsfrau zu constituiren. Das lübische Recht aber stellt dieses, wie andere Rechte, lediglich auf den factischen Umstand, daß die Frau Handel treibe; und es würde selbst von Seiten der Gesetzgebungs-Politik sehr bedenklich erschei-

[24]) Roeder l. modo cit. gedenkt auch dieses Erkenntnisses.

[25]) In Holstein werden noch jetzt keine Handelsfrauen, die sich selbstständig, ohne ihren Curator verpflichten könnten, zugelassen, sondern soll die Handlung des verstorbenen Ehemanns fortgesetzt werden, so muß die Witwe mit Zuziehung ihres Curators einen Factor dafür bestellen.

Digitized by Google

nen, hier eine analoge Anwendung von den Formen der venia aetatis zu machen, da die Verhältnisse in der That ganz verschieden sind. Der Minderjährige soll ganz der vormundschaftlichen Controle enthoben werden, die Handelsfrau nur für ihre Handelsgeschäfte, und das wohl zunächst um deswillen, damit diejenigen, welche sich mit ihr in solche Händel einlassen, in dem ihr geschenkten Vertrauen nicht getäuscht werden. Dieser Zweck aber würde sich nur sehr unvollkommen erreichen lassen, wenn man allein die Frau, welche mit obrigkeitlicher Autorisation Handel treibt, als Handelsfrau in Anspruch nehmen könnte, denn nach der Leichtigkeit und dem Vertrauen, welche der Handelsverkehr erfordert, würde man es gewiß zu lästig und beleidigend finden, wenn man vor dem Abschlusse des Geschäftes mit einem handeltreibenden Frauenzimmer genöthigt sein sollte, sie erst um die Vorzeigung des obrigkeitlichen Decrets, was sie zu einer Handelsfrau constituirt hat, zu ersuchen.

§. 16.

Nach diesen Grundsätzen hat das Oberappellationsgericht am 7ten Dec. 1821. J. S. der Güterpfleger des J. D. Wüsthoffschen Debitwesens c. die Geschwister Wüsthoff erkannt. Der lübische Kaufmann J. D. Wüsthoff war am 18ten Juni 1801. verstorben, und hatte eine Witwe nebst mehreren Kindern hinterlassen. Die Witwe hatte damals in öffentlichen Blättern und in, an die Handelsfreunde erlassenen, Circularen bekannt gemacht, sie werde die Handlung ihres verstorbenen Mannes unter der bisherigen Firma fortsetzen, sie hatte sich aber nicht als Handelsfrau einzeugen und obrigkeitlich bestätigen lassen. Im November 1819. sah dieselbe sich genöthigt, ihre Insolvenz zu erklären; und als nun im Professionstermine die Kinder derselben Wechsel, welche ihre Mut-

Digitized by Google

ter zu ihren Gunſten unter der Handlungsfirma ausgeſtellt hatte, anmeldeten, ſo wollten die Güterpfleger dieſes Profeſſum unter andern auch aus dem Grunde nicht zulaſſen, weil die Cridaria als nicht eingezeugte Handelsfrau ſolche Verpflichtungen ohne Beiſtand ihres Curators nicht gültiger Weiſe habe übernehmen können. Das Niedergericht ging auch auf dieſen Einwand ein, das Obergericht aber, deſſen Entſcheidung demnächſt von dem Oberappellationsgerichte beſtätigt wurde, verwarf denſelben, weil es genüge, daß die Witwe Wüſthoff Handel getrieben habe.

Digitized by Google

III.

Vom Stoßen im Sinne der Pläne der Assecuranz-Compagnien.

§. 1.

Der Zweck des Assecuranzcontractes ist lediglich der, daß dem Versicherten ein Ersatz für eigentliche ihn betreffende Zufälle, und bei den Seeassecuranzen, daß ihm ein Ersatz für die Unfälle der Seereise zugesichert werden soll. Für solche Abnutzungen und Verschlechterungen des Schiffes oder der Waare hingegen, welche durch die in einer bestimmten Jahreszeit vorgenommene Reise nothwendig oder doch regelmäßig herbeigeführt werden, so wie für solche Nachtheile, welche nicht Folge der Seereise sind, braucht der Versicherer nicht aufzukommen. Ersteres nämlich, wenn gar keine ungewöhnliche Nachtheile eingetreten sind, gehört gar nicht unter den Begriff von Unfällen [1]), und Letzteres nicht unter den von Seeunfällen. Für Ersteres entschädigt den Rheder die Fracht, die deshalb auch in Jahreszeiten, wo Wind und Wetter dem Schiffe mehr als sonst zuzusetzen pflegen, unter sonst gleichen Umständen höher bestimmt wird. Außerdem wird, wenn nicht bei dem Abschlusse des Versicherungsvertrages ausdrücklich etwas Anderes angezeigt war, angenommen und vorausgesetzt, daß das Schiff und dessen Geräthe, so wie die Waaren bei dem Beginn der

[1]) „Si nihil praeter consuetudinem contigit.“ l. 15. §. 2. D. locati (19, 2.)

Digitized by Google

Reise in gewöhnlich guter Beschaffenheit, und tüchtig, um die gewöhnlichen Strapazen der Reise aushalten zu können, waren; und sollte der Versicherer darin getäuscht worden, und wegen Untüchtigkeit des Schiffes oder Schiffsapparates, oder wegen schlechter Beschaffenheit der Waaren oder ihrer Behälter ein Schaden eingetreten sein, so kann er nach Treue und Glauben dafür ebenfalls nicht in Anspruch genommen werden.

§. 2.

Es läßt sich aber, besonders bei dem Casco, die Gränze zwischen Abnutzung und casuellem Schaden, zwischen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Unfällen, zwischen Beschädigungen, die durch mangelhafte Beschaffenheit des Schiffes, des Schiffsgeräthes oder der Waaren und deren Fustagen, und solchen, die durch Casus eingetreten sind; der Natur der Sache nach nicht scharf bestimmen; und so suchten natürlich im einzelnen Falle beide Theile häufig die Umstände für sich zu deuten; der Assecuradeur für Abnutzung auszugeben, was doch Folge eines wirklichen Unfalles war; der Versicherte dagegen auch für gewöhnliche Abnutzungen, Schäden und Verlüste Ersatz zu erhalten[2]). Sollte hier nun ohne bestimmtere Normen die Sache gerichtlich oder außergerichtlich regulirt werden, so mußte man sich oft in Verlegenheit befinden, und ein einigermaaßen schwankendes und willkührliches Verfahren konnte nicht ausbleiben. Die, auch in Lübeck befolgten hamburgischen Assecuranzgesetze helfen denn auch diesem Uebelstande keinesweges genügend ab; denn, obwohl sie einentheils vorschreiben, daß

---

[2]) Vergl. Büsch Darstellung der Handlung, B. 1. S. 356 — 60. (der 3ten Ausg.); Weskett Theorie und Praxis der Assecuranzen, übers. von Engelbrecht. B. 1. S. 72, 73, 304. B. 2. S. 126, 7.

Digitized by Google

bei der Taxation des Schadens darauf gesehen werden soll, ob ein Schiff und dessen Geräthschaften alt oder neu gewesen sind[3]), und anderntheils den Assecuradeur von dem Ersatze der gemeinschaftlichen oder particulären Havarei unter 3 p.C., der s. g. Slitage, frei sprechen[4]), so ist damit doch wenig oder gar nichts über die Frage entschieden, ob der Schaden, und namentlich ob der bedeutendere Schaden aus einem prästablen Unfalle, oder ob er aus Mängeln des Schiffes und Schiffsgeräthes herrühre.

§. 3.

Man half sich also in der Praxis besonders dadurch, daß — wenn nicht eine ihrer Natur nach von Abnutzungen in der Regel leicht zu unterscheidende bedeutendere gemeinschaftliche Havarei in Frage stand — man sowohl auf die Größe des am Casco erlittenen Schadens, als auch insonderheit auf die äußeren Veranlassungen desselben, ob nämlich ungewöhnliche Gewalt dabei gewirkt hatte oder nicht, Rücksicht nahm. So erklärte man den Versicherer für nicht gehalten, wenn das Schiff auf einer Winterreise bloß eingefroren war, wohl aber, wenn Gewalt vom Eise hinzugekommen war[5]); und so brachten die Dispacheure in Hamburg und Lübeck früher selbst schwere particuläre Havareien dem Assecuradeur häufig nur dann zur Last, wenn das Schiff einen harten Unfall erlitten, namentlich, wenn es gestoßen hatte. Allein hiebei ging es nicht immer gleich zu, und jenes Verfahren zeigte sich in manchen Fällen unbillig gegen den Versicherten, weil selbst

---

[3]) Hamb. Assec. u. Havar. Ordn. Tit. 12. Art. 1.

[4]) Hamb. Assec. u. Havar. Ordn. Tit. 21. Art. 7 u. 11.

[5]) Langenbeck, Anmerkungen über das Hamburg. Schiff- und Seerecht. S. 385. coll. 399, 400.

Digitized by Google

das beste Schiff und die vorzüglichsten Schiffsgeräthe nicht immer den Einwirkungen von Wind und Wetter, besonders wenn diese heftig und anhaltend sind, widerstehen können. Um nun diese Schwierigkeiten über die Ausmittelung der Beschaffenheit des Schadens zu vermeiden, und um einen für beide Theile in der Regel billigen Ausweg zu treffen, hat man angefangen, sich folgender Clauseln zu bedienen, welche jetzt die mehrsten hamburgischen und lübischen Assecuranz-Compagnien in ihre Pläne aufgenommen haben:

„Wenn ein Schiff nicht gestoßen hat, so bezahlt die Compagnie bei Assecuranzen auf das Casco nur die Hälfte der particulären Havarie“ [6];

und:

„Bei flüssigen Waaren ersetzt die Compagnie nur dann das Geleckte, wenn das Schiff gestoßen hat [7])“.

Hat mithin das Schiff gestoßen, so wird nicht bloß der ganze gemeinschaftliche, sondern auch der ganze particuläre Schaden

---

[6]) Benecke, System des Assecuranz- und Bodmereiwesens, B. 3. S. 43, 252—7. Pöhls Zusätze zu seinen Bemerkungen üb. Havarie grosse S. 49, 50. Im Plan der zweiten Assec. Comp. zu Hamburg, die bereits im Jahre 1771. gestiftet wurde, (Tonnies Chronik d. hamburg. See-Assec. Geschäftes im J. 1823, in der Tabelle zu S. 38.) ist die Clausel auf eine, die frühere strenge Praxis andeutende Weise so ausgedrückt: „Wenn das Schiff bei sonst schwerem Seeschaden nicht gestoßen hat, so wird dennoch die Hälfte des particulieren Schadens auf das Casco ersetzt“.

[7]) Benecke a. a. O. S. 60—62. 242—45. Pöhls a. a. O. S. 52, 3. Auch wird wohl bei verschifftem Mineralwasser und andern ähnlichen Waaren die Bedingung in die Police gesetzt: „frei von Bruch, außer wenn das Schiff gestoßen hat“.

Digitized by Google

ersetzt, hat es aber nicht gestoßen, so wird, insofern der Schaden überhaupt mehr als Slitage ist, nur der erstere zum vollen, der letztere aber bloß zur Hälfte ersetzt.

§. 4.

Bei dieser Clausel kommt nun theils die Natur des Unfalles, der hier durch Stoßen bezeichnet werden soll, theils insonderheit der Umfang derselben in Betracht. In der ersteren Hinsicht muß unbedenklich das Wort im Sinne der nautischen Kunstsprache genommen werden, in welcher von einem Schiffe gesagt wird, daß es gestoßen habe, wenn es mit Heftigkeit den Grund berührt, ohne darauf sitzen zu bleiben [8]); denn man hat sicher das Wort in der Bedeutung, in welcher man es im Leben bereits vorgefunden hatte, adoptiren, nicht aber demselben zum Zwecke der Benutzung im Versicherungsgeschäfte einen ganz neuen Sinn beilegen wollen. Auch geht schon aus der Fassung der Clausel selbst hervor, daß man es für eine besonders bedeutende Havarie achtet, wenn das Schiff gestoßen hat; denn die Versicherer wollen es durch den Gebrauch dieser Clausel ja gerade vermeiden, daß sie nicht wegen jeder etwas ungewöhnlichen Abnutzung des Schiffes auf vollständigen Ersatz des Schadens in Anspruch genommen werden. Dafür spricht ferner der zweite Gebrauch, den man von dem Stoßen bei flüssigen, der Leckage unterworfenen Waaren gemacht hat, was keinen vernünftigen Sinn haben würde, wenn

---

[8]) Röding allgemein. Wörterb. d. Marine s. v. Stoßen. B. 2. S. 735. Es ist dem bris partiel des französ. Seerechts zu vergleichen, worunter namentlich der Fall verstanden wird, wenn ein Schiff durch Anstoßen an einen fremden Körper einen Leck bekommt. Vergl. Benecke a. a. O. B. 3. S. 281, 2.

Digitized by Google

man ein Stoßen des Schiffes auch in anderen Fällen annähme, als in welchen, durch dessen Berührung mit dem Grunde eine heftige Erschütterung bewirkt wird, wovon selbst gute Garnirungen und Fustagen gesprengt werden können. Wo daher auch der durch Stoßen erlittenen Seeunfälle Erwähnung geschieht, da sind diese gewöhnlich sehr bedeutend, oder doch von der Art, daß sie nur durch eine größere Gewalt bewirkt werden konnten, z. B. ein Leck, das Abspringen der Spiekerhaut, das Zerspringen der Cajütenfenster u. dgl. m.

§. 5.

Schwieriger ist es, den Umfang der Clausel zu bestimmen. Müßte man sich bei der Auslegung derselben strenge an die Worte halten, so würde der Versicherte in allen Fällen, auch wenn der Verlust ein totaler und wenn er noch so evident durch bestimmte Unfälle der Seereise veranlaßt wäre, keinen Anspruch auf vollen Schadenersatz an den Versicherer machen können, wenn nicht das Schiff wenigstens zugleich gestoßen hätte, und würden dann die Versicherungen, bei welchen die Clausel eintritt, also namentlich alle Assecuranzen auf das Schiff dem Versicherten nur eine sehr mangelhafte Sicherheit gewähren. Es ergeben nun aber auch die Veranlassung und der Zweck der Clausel, daß sie nicht so allgemein verstanden werden kann als sie lautet, und bei solchen Beschädigungen keine Anwendung findet, bei welchen es völlig klar ist, daß sie in ihrem ganzen Umfange von einem speciellen und bestimmten Unglücksfalle herrühren, eben so wenig als da, wo ein totaler Schaden vorliegt. Rührt z. B. die Beschädigung vom An- oder Ueberfegeln, vom Beschießen oder der Aufbringung durch einen Kaper, vom Feuer oder andern ähnlichen Veranlassungen her, so kann der Versicherer sich nicht auf jene Clausel beziehen, um die Bezahlung der Hälfte des Schadens

Digitized by Google

von sich abzulehnen; denn hier ist der Collisionsfall überall nicht vorhanden, den die Clausel schlichten sollte [9]).

§. 6.

In allen den Fällen hingegen, in welchen die Gränze des Gewöhnlichen und Ungewöhnlichen sich nicht scharf ziehen, wo sich nicht mit Bestimmtheit sagen läßt, wie viel von der Beschädigung auf Rechnung der schlechten Beschaffenheit des Schiffes oder der Güter, so wie auf die Natur der Reise, und wie viel dagegen auf Rechnung ungewöhnlicher Unfälle komme, da muß sie ihrem Zwecke nach stets angewandt werden, ohne daß das einen Unterschied machen kann, wenn etwa in dem einzelnen Falle eine Masse von Secunfällen sich angehäuft, oder wenn in einem andern, deren nur wenige und nur unerhebliche sich zugetragen haben sollten. Denn, obwohl in dem ersteren Falle der Versicherte nach dem allgemeinen Prinzipe des Assecuranzrechts vielleicht zu wenig, in dem letzteren hingegen vielleicht zu viel vergütet erhält, so haben sie sich doch durch Eingehung des Vertrages auf jene Clausel hin ein besonderes Recht geschaffen, und sich damit zugleich das Unangemessene gefallen lassen, was die Anwendung dieser Clausel für einzelne Fälle möglicher Weise mit sich führen kann. Wollte man solche nach einer, im Durchschnitt erprobten Zweckmäßigkeit getroffenen Bestimmungen im einzelnen Falle aus concreten Gründen verlassen, so würde ein solches Verfahren nicht bloß willkührlich sein, sondern auch den Vortheil, den solche Bestimmungen gewähren, indem sie die concrete Würdigung des Falles entbehrlich machen, wieder vernichten. Namentlich muß daher die Clausel bei allen eigentlichen Seeunfällen, die von Wind und Wasser herrühren, ihre volle An-

[9]) Vergl. Benecke a. a. O. B. 3. S. 257.

wendung finden; und es widerſtreitet dem Sinne ſo wie den Worten derſelben, wenn von Einzelnen wohl behauptet iſt, ſie ſei auf Unfälle zu beſchränken, welche das Schiff durch das Berühren des Grundes erlitten habe.

§. 7.

Dieſe Grundſätze kamen in der Rechtsſache Hockmeyer et Conſorten c. J. T. Gayen zur Sprache. Letzterer, der Kläger, hatte im October 1819. 5/7 Part des däniſchen Schiffes Maria für die Reiſe von Livorno nach Hamburg und Altona, bei den Beklagten, fünf hamburgiſchen Aſſecuranz-Compagnien, nach den Bedingungen ihrer Pläne, wie es in der Police ausdrücklich lautete, verſichern laſſen. In vieren dieſer Pläne befindet ſich die gedachte Clauſel wegen des Stoßens. Das Schiff litt, wie die Verklärung ergab, ſchon im Mittelmeer durch Stürme, und mußte Mallaga als Nothhafen angehen; ganz beſonders aber wurde ihm am Eingange der Elbe und auf der Elbe ſelbſt vom Winde und Eiſe zugeſetzt. Am 7ten Februar 1820 hat das Schiff bei Neuwerk ſchwer geſtampft, und an demſelben Tage bei Curhaven des Eiſes wegen von der Mannſchaft auf den Strand geſetzt werden müſſen. Am 14ten deſſelben Monats haben ſie es, die Elbe weiter aufwärts, nicht vor dem jungen ſcharfen Eiſe, was das Schiff zu durchſchneiden drohete, aushalten können, und deshalb nach Twielenfleth an den Strand flüchten müſſen. Unter dieſen Umſtänden iſt das Schiff Vormittags um 9 Uhr auf den Grund getrieben, wo es bis Mittag Stöße vom Eiſe hat aushalten müſſen, und erſt nach Ausbringung eines Ankers und durch Prangen mit allen beigeſetzten Segeln wieder flott geworden iſt. Dadurch haben die Segel viel gelitten, und iſt die Beſatzung genöthigt worden, bei eintretendem klaren Waſſer das Schiff auf den Strand zu forciren. Am

Digitized by Google

27sten des Monats hat der heftige Eisgang ganze Stücke von der Spikerhaut weggerissen, worauf sie mit vieler Mühe und Arbeit abermals auf den Strand zu sitzen gekommen, und wobei viele Trossen und Winden vom Eise spolirt und gesprungen sind. Das Schiff hat entsetzlich gelitten, indem es so sehr vom Eise gestoßen und gedrängt worden, daß es ganz auf die Seite gefallen, und so erschüttert ist, daß man jeden Augenblick befürchtet hat, es möchte durchschnitten werden. — Der Kläger, welcher nach diesen Umständen von den Beklagten den Ersatz des am Schiffe erlittenen Schadens zum Vollen verlangte, ist aber am 14ten Julius 1821. vom Oberappellationsgerichte gegen die vier Assecuranzcompagnien, in deren Plänen die fragliche Clausel enthalten ist, nur mit der Klage auf die Hälfte zugelassen, insofern er nicht etwa besser, als durch die Verklärung geschehen, beweisen könne, daß das Schiff wirklich gestoßen habe.

§. 8.

Es konnte nämlich zuvörderst in den Unfällen, so wie sie in der Verklärung geschildert waren, kein Stoßen des Schiffes im nautischen Sinne des Worts gefunden werden. Denn, obwohl das Schiff auf den Grund getrieben, und auf den Strand gesetzt und forcirt worden war, so folgte daraus doch nicht, daß es den Grund mit Heftigkeit berührt hatte, am wenigsten bei dem durchgängig weichen Sandgrunde der Elbe; und geschah eines hiedurch erlittenen Schadens überall keine Erwähnung. Das Stampfen des Schiffes am Eingang der Elbe konnte ebenfalls für ein Stoßen nicht geachtet werden, da dieses wesentlich verschiedene Dinge sind, und von einem Stampfen nur dann geredet wird, wenn das Schiff in hohler See nach der Richtung seiner Länge eine schwankende Bewegung macht, und dabei entweder den Grund überall nicht,

Digitized by Google

oder doch nur einen weichen nachgebenden Grund berührt[10]). Und wenn es endlich in der Verklärung bezeugt war, daß das auf dem Grunde feststitzende Schiff Stöße vom Eise habe aushalten müssen, und durch das Eis heftig erschüttert worden sei; so war dadurch an und für sich das Schiff nur gestoßen worden, es hatte aber nicht gestoßen; auch konnte Letzteres nicht etwa durch die Reaction vom Grunde, worauf es saß, bewirkt worden sein, denn einentheils kamen die Eisschollen, die das Schiff erschütterten, von der Seite, und war daher eine eigentliche Reaction vom Grunde her nicht wohl möglich, und anderntheils so würde doch bei dem weichen Sandgrunde der Elbe ein Stoß gegen das Schiff nur einen vermehrten Druck, nicht aber einen Stoß desselben gegen den Grund zur Folge gehabt haben.

§. 9.

Sodann konnte es aber auch keinen Zweifel leiden, daß die durch das Eis zugefügten Beschädigungen, welche in dem vorliegenden Falle die Hauptsache ausmachten, unter diese Clausel gehörten. Denn theils gehören sie in die Kategorie eigentlicher Seeunfälle, theils sind sie bei einer Winterreise gewöhnlich, und deshalb an sich zu den Abnutzungen zu zählen, ausgenommen wenn sie außerordentliche Veranlassungen und eine ungewöhnliche Größe haben, wo sie in Ermangelung einer speciellen Vereinbarung vom Assecuradeur zu ersetzen sind. Gerade für Fälle dieser Art, wo sich keine scharfe Gränze zwischen einer gewöhnlichen Abnutzung und einem eigentlichen casuellen Schaden ziehen läßt, ist aber die fragliche Clausel erfunden. Es ließen sich endlich diese Unfälle auch nicht einem

---

[10]) Vergl. Röding Wörterbuch d. Marine, s. v. Stampfen. B. 2. S. 686, 7.

Digitized by Google

eigentlichen Stoßen gleich achten, obwohl sie mit demselben in der Art der nachtheiligen Einwirkung große Aehnlichkeit haben, und es im Erfolge wohl ziemlich gleich ist, ob das Schiff heftig wider den Grund gestoßen hat, oder ob es, zumal während es auf dem Grunde fest liegt und dem Stoße nicht nachgeben kann, von großen Eisschollen gestoßen worden ist. Denn dem Begriffe nach sind beides doch sehr verschiedenartige Dinge, und erscheint das Stoßen des Schiffes auf den Grund jedesmal als ein außerordentlicher Unfall, das Stoßen des Eises hingegen wird dieses erst durch besondere ungewöhnliche Umstände[11]; und es würde daher vertragswidriger Maaßen das Arbiträre, was durch die Clausel ausgeschlossen werden sollte, wieder herbeigeführt werden, wenn man das Eine für das Andere zulassen wollte.

---

[11]) Ohne Zweifel hat dieser Umstand, und der Wunsch, Ungewißheiten darüber, ob die Beschädigung durch das Eis eine gewöhnliche oder ungewöhnliche sei, zu begegnen, die vier bremer Assec. Comp. bestimmt, in ihren gemeinschaftlichen Plan §. 60. die Clausel aufzunehmen, daß bei Grönlandsfahrern kein Schaden durch Eis oder durch den Fang ersetzt wird.

Digitized by Google

IV.

Vom Strandungsfalle im Sinne der Pläne der Assecuranz-Compagnien.

§. 1.

Aus einer ähnlichen Veranlassung, als aus welcher die in der vorigen Erörterung erläuterte Clausel des Stoßens hervorgegangen ist, hat sich noch eine andere Clausel gebildet, die zu sehr vielen Streitigkeiten geführt hat, weil der dabei benutzte nautische Begriff des Strandens schon an sich weniger bestimmt als der des Stoßens ist, und weil man überdies denselben gar nicht mit der gehörigen Consequenz festgehalten hat. — So wie der Versicherer nicht für gewöhnliche Abnutzungen haftet, was besonders bei dem Schiffe zur Sprache kommt, so haftet er auch bei Waaren nicht für den wegen ihrer natürlichen Eigenschaften von selbst eintretenden Verderb oder eine dadurch veranlaßte Beschädigung derselben, ausgenommen, wenn diese daher rühren, daß das Schiff durch Seeunfälle lange von der Fortsetzung seiner Reise abgehalten worden ist[1]). Nun läßt sich aber aus einer vorhandenen Beschädigung häufig die Veranlassung derselben, ob Seeunfälle oder ob die natürliche Beschaffenheit der Waare sie herbeige-

[1]) Amsterd. Assec. Ordn. Art. 32. Hamburg. Assec. Ordn. Tit 5. Art. 7. Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 2222 — 6. Code de Commerce. art. 352. Benecke, System d. Assecur. B. 3. S. 233 — 79.

Digitized by Google

führt haben, nicht erkennen, und der Assecuradeur ist daher bei leicht verderblichen Waaren stets dem Risiko ausgesetzt, daß er für Schäden in Anspruch genommen wird, wofür er nicht zu haften braucht. Dieses Risiko, und auch wohl der Umstand, daß solche verderblichen Waaren bei schlechter Beschaffenheit des Schiffes von leichten Seeunfällen, die Gütern anderer Art nicht eben schaden würden, oft stark leiden, so daß schon deshalb der Versicherer eine größere Gefahr trägt, ist bereits in den Assecuranz-Ordnungen bedacht, und es deshalb dem, der solche Gegenstände versichern lassen will, zur Pflicht gemacht, dieselben nicht unter der allgemeinen Benennung von Kaufmannschaften oder Gütern, sondern speciell in der Police anzuzeigen[2]).

§. 2.

Diese Anzeige kann nun aber wohl den Versicherer davon abhalten, auf Waaren dieser Art zu zeichnen, oder ihn veranlassen, dafür eine höhere Prämie zu stipuliren; allein sie kann ihn nicht gehörig sichern, wenn er nun doch eine Assecuranz darauf übernommen hat. Deshalb haben die Versicherer hier auf mehrfache Aushülfen Bedacht genommen; bald sich dabei von jeder bloßen Beschädigung im Gegensatze des totalen Verlustes frei gezeichnet, bald die particuläre Beschädigung nur dann übernommen, wenn dieselbe gewisse Procente überstieg, bald endlich versprechen sie in ihren Plänen, für solchen Schaden nur dann aufkommen zu wollen, wenn ein bestimmter, ausgezeichneter Seeunfall eingetreten sein würde.

---

[2]) Amsterd. Assec. Ordn. Art. 34. Hamburg. Assec. Ordn. Tit. 4. Art. 8. Preuß. Seerecht v. J. 1727. Kap. 6. Art. 3. Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 2046 — 8. Code de Commerce, art. 355. Niederl. Hand. Ges. Buch B. 2. Tit. 9. Art. 91 — 3.

Digitized by Google

In letzterer Hinsicht wird dann gewöhnlich in die Police die Clausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" eingerückt[3]), und der Sinn, so wie die Wirkungen dieser Clausel, sind jetzt näher zu erörtern.

§. 3.

Zuvörderst ist viel darüber gestritten, was hier unter einem „Strandungsfalle" zu verstehen sei, und hat der Streit darüber namentlich in Hamburg gleich, nachdem man angefangen hat, dort jene Clausel zu gebrauchen, begonnen. Es ist aber aller Wahrscheinlichkeit nach diese Clausel in Hamburg zuerst in den Jahren 1780 bis 1790 in Gebrauch gekommen[4]), und den Holländern und besonders den Engländern, bei welchen sie schon viel früher gewöhnlich war[5]), abgeborgt

[3]) Benecke, System des Assecuranz-Wesens, B. 3. S. 287—294, 308. Archiv f. d. Handelsrecht, B. 2. S. 60. ff.

[4]) Glashoff, Sammlung einig. bei d. Schifffahrt vorkommenden Fälle Heft 1. S. 31. und Heft 2. S. 23, schrieb 1792, sie sei in Hamburg erst vor einigen Jahren entstanden, und damit stimmen Benecke a. a. O. B. 3. S. 294 u. 296., und das Archiv f. d. Handelsrecht. B. 2. S. 62. not. 3. überein. Auch bestätigt sich dieses dadurch, daß in den 1790ger Jahren über die Bedeutung dieser Clausel dort sehr viel gestritten worden ist. Vergl. Glashoff a. a. O. Heft 1. S. 152. und Röding Wörterbuch der Marine, s. v. Strand B. 2. S. 738, 9.

[5]) In England war nämlich diese Clausel schon seit längerer Zeit in Gebrauch, und seit dem Jahre 1749. ist es ein stehendes NB. oder Memorandum am Fuße der gedruckten Policen, daß: „Corn, Fish, Salt, Fruit, Flour and Seed, are warranted free from Average, unless general, or the Ship be stranded"; und auch bei gewöhnlichern Gütern will der Versicherer zufolge dieses Memorandi für eine Beschädigung unter 3 pC. nicht haften, „unless general or the Ship be stranded".

Digitized by Google

worden. Bei der Erläuterung der Clausel muß aber davon ausgegangen werden, daß man bei ihrer Einführung unmöglich gemeint gewesen sein kann, das Wort „Strandung" in derselben in einem ungewöhnlichen und eigenthümlichen Sinne zu nehmen, sondern daß man sicher einen in der nautischen Kunstsprache bereits vorhandenen Begriff dazu benutzen wollte, um neue juristische Folgen daran zu knüpfen. Denn nähme man dieses nicht an, so würde die Clausel ohne eine in ihr selbst hinzugefügte Erläuterung gar nicht verständlich gewesen sein, und anstatt dem Zwecke, die Assecuradeure gegen grundlose Anforderungen zu sichern, zu entsprechen, vielmehr dazu gedient haben, sie in neue Streitigkeiten und Ungewißheiten zu verwickeln.

§. 4.

Ist nun aber die Clausel aus dem bestehenden Sprachgebrauche zu erklären, so scheinen, wie das auch von Manchen vertheidigt wird[6]), sehr erhebliche Gründe dafür zu sprechen,

S. Park of marine insurances, Tom. 2. p. 672. coll. Tom. 1. p. 24, 25, 187. (ed. 7.) Bis zum Jahre 1754. wurde diese Clausel in London sowohl von den Assecuranz-Compagnien als von den Privatversicherern angewandt, eine in dem Jahre ergangene gerichtliche Entscheidung, von der noch weiter unten (Note 31.) die Rede sein wird, hat aber die Assecuranz-Compagnien veranlaßt, in dem ersten passus der Clausel die Worte: „or the Ship be stranded" auszustreichen, so daß sie jetzt bei solchen leicht verderblichen Waaren bloß noch für große Havarey und totale Verlüste haften. Die Privatversicherer in London zeichnen aber fortwährend mit der ganzen Clausel. Park. l. c. Tom. 1. p. 25, 477." Benecke a. a. O. B. 3. S. 308.

[6]) Hamburg. Addreß-Comptoir Nachrichten v. J. 1796. nr. 76; wieder abgedruckt bei Glashoff a. a. O. Heft 3. S. 7 —

daß ein Strandungsfall nur da als vorhanden angenommen werde, wo das auf den Grund festgerathene Schiff dort entweder gänzlich verunglückt, oder doch nur als Wrack wieder abgebracht wird. Denn dieses ist der Sinn, den man sowohl im gemeinen Leben als auch in der nautischen Kunstsprache gewöhnlich damit zu verbinden pflegt, wenn man von einem Schiffe sagt, es sei gestrandet. Dieser Begriff scheint denn auch sowohl in dem hanseatischen Seerechte als auch in der hamburgischen Assecuranzordnung überall mit dem Worte „Strandung" verbunden zu sein, so oft dasselbe dort gebraucht wird. In dem ersteren wird Stranden und Bleiben so neben einander gestellt, und dem bloßen Festgerathen auf dem Grunde so entgegen gesetzt, daß man deutlich sieht, es sei ein gänzliches Verunglücken des Schiffes gemeint[7]). Und, wenn es in der hamburgischen Assecuranzordnung[8]) heißt: „Wenn ein Schiff strandet, oder sonst durch Sturm und Ungewitter in einen solchen Zustand geräth, daß es seine vorgehabte Reise nicht vollführen kann . . .", so liegt hierin allerdings die Annahme, daß eine Strandung das Schiff zur Fortsetzung der Reise untauglich mache. Außerdem geht aus einer andern Stelle dieses Gesetzes hervor, daß in einem Strandungsfalle nur an die Rettung der Güter gedacht werde, das Schiff selbst aber so gut als verloren zu achten sei[9]). In einer andern Stelle endlich, wo von der großen Havarey die Rede ist, wird der Fall, wenn ein Schiff auf den Grund

---

15. Röding Wörterbuch d. Marine, s. v. Strand. B. 2. S. 738, 9.

[7]) Hanseat. Seerecht v. J. 1614. Tit. 4. Art. 29.

[8]) Tit. 5. Art. 18.

[9]) Hamb. Assec. Ordn. Tit. 14. Art. 1. coll. Tit. 11. Art. 5.

Digitized by Google

fest geräth, und um wieder davon abzukommen, fremder Hülfe gebrauchen oder die Ladung entlöschen muß, gar nicht einmal als Strandungsfall bezeichnet, und muß man daher annehmen, es sei unter Letzterem etwas Schlimmeres verstanden, als was in dem zuerst bezeichneten Falle immer eintritt [10]). Zur Unterstützung für diese Ansicht dient denn auch noch die Praxis des hamburgischen Dispache-Comptoirs, welches nur dann einen Strandungsfall als vorhanden annimt, wenn das gestrandete Schiff gar nicht wieder abgebracht werden konnte [11]).

§. 5.

Wäre man nun in der fraglichen Clausel consequent bei diesem strengen und eigentlichen Begriffe der Strandung stehen geblieben [12]), und hätte man diese Meinung nur auf irgend

---

[10]) Hamburg. Assec. Ordn. Tit. 21. Art. 9. nr. 3.

[11]) Benecke a. a. O. B. 3. S. 300. 310. Die Richtigkeit dieser Angabe ergiebt sich auch noch daraus, daß in manchen Fällen, wo das Schiff wieder abgebracht war, der Dispacheur sich geweigert hat, die Dispache aufzumachen, und erst durch einen Befehl des Handelsgerichts dazu hat angehalten werden müssen.

[12]) In Bremen scheint dieses noch jetzt die Tendenz zu sein, denn in den gemeinschaftlichen Bedingungen der brem. Assec. Compagnien vom Jahre 1818. ist im §. 9. bestimmt: „Unter Stranden verstehen die Compagnien nur, wenn ein Schiff auf einen Strand, eine Sandbank oder eine Klippe geräth, und zwar so, daß es entweder gar nicht oder nur mittelst Entlöschung der Ladung durch fremde Hülfe wieder abgebracht werden kann." Nur die zweite Alternative des Schlußsatzes scheint nicht zweckmäßig gefaßt, denn, wollte man sich consequent an den strengsten und eigentlichsten Begriff der Strandung halten, so ist zu wenig gefordert, weil auf solche Weise das Schiff noch ohne bedeutende Beschädigung wieder vom Grunde loskommen kann; wollte man aber den Begriff des Strandens mildern, so ist nicht abzusehen,

Digitized by Google

eine Weise bei dem Gebrauche der Clausel in den Policen ausgedrückt, so würde vielen Ungewißheiten und Streitigkeiten vorgebauet seyn. Allein das ist, wie sich weiter unten ergeben wird, in Hamburg von Anfange an nicht geschehen, sondern man hat das Wort „Strandung" in der Praxis in einem weniger strengen Sinne genommen, wenn es sich von der Auslegung der gedachten Clausel handelte. Der Sprachgebrauch versteht nämlich unter Strandung im weiteren Sinne auch den Fall mit, wenn das auf den Grund festgerathene Schiff nicht wirklich geblieben, auch nicht gerade zum Wrack geworden, sondern wieder abgebracht und geborgen ist, sofern es nur durch jenen Unfall eine bedeutendere Beschädigung erlitten hat[13]). Diesen weiteren Sinn haben die Engländer dem Worte „Strandung" in der Clausel beigelegt, wie namentlich aus dem zweiten Punkte des Memorandi erhellt, wo ein Strandungsfall als möglicher Weise eingetreten angenommen wird, obwohl die Beschädigung an den Waaren unter 3 pC. beträgt. Da nun aber diese Clausel in Hamburg von den Engländern angenommen worden ist, so hat man auch weniger darauf zu sehen, wie der Strandungsfall viel früher, als in Hamburg an jene Clausel noch gar nicht gedacht wurde, in der dortigen Assecuranzordnung definirt worden ist, als vielmehr darauf, wie man das Wort in jenem Zusammenhange im Auslande zu der Zeit verstanden hat, als man von dorther die Clausel nach Hamburg verpflanzte, und

weshalb man nicht auch das für genügend erachtete, wenn das Schiff ohne fremde Hülfe, durch Werfung eines Theils seiner Ladung, oder durch die Gewalt der Elemente, z. B. durch eine Sturmfluth wieder losgebracht wurde.

13) Schuback de jure litoris. §. 32.

Digitized by Google

wie man seit jener Zeit auf diesem Platze die Sache angesehen hat.

§. 6.

Sehen wir nun aber auf dasjenige, was man dort im Leben und bei den gerichtlichen Entscheidungen angenommen hat, so wurde es bereits im Jahre 1793. vom Senate J. S. Vidahl et Comp. c. Hudtwalker für einen Strandungsfall anerkannt, als das versicherte Schiff auf eine Klippe gerathen, jedoch mittelst Kappens des großen Mastes losgekommen, dabei aber so leck geworden war, daß es erst nach einer zweimaligen Reparatur die Reise hatte fortsetzen können, übrigens aber demnächst die Ladung selbst nach dem Bestimmungsorte überbracht hatte[14]). Hier war also eine Strandung angenommen, obwohl das Schiff wieder abgebracht und zwar ohne fremde Hülfe wieder abgebracht war, und obwohl es selbst seine Ladung überbracht hatte. Ferner bezeugt Glashoff kurz nach dem Jahre 1796, nach dem beständigen Gebrauche werde ein Strandungsfall als vorhanden angenommen, wenn das Schiff auf dem Grunde sitzen bleibe, und ohne Hülfsmittel nicht wieder abgebracht werden könne[15]); was für den engsten Begriff der Strandung offenbar zu wenig ist, und alle die Gegner, welche damals einen strengeren Begriff der Strandung vertheidigten, haben kein einziges Präjudicium beizubringen vermocht, worin jener strengere Begriff zum Grunde gelegt wäre.

§. 7.

Als Zeugniß für die damalige mildere Praxis sind ferner auch die Bedingungen anzusehen, welche im Jahre 1800

---

[14]) Archiv f. d. Handelsrecht. B. 2. S. 71—78.

[15]) Glashoff a. a. O. Heft 3. S. 16, 17.

Digitized by Google

von den hamburgischen Versicherern zu dem Zwecke, um demnächst für alle Assecuranz-Compagnien zu dienen, entworfen worden sind. Hier findet sich unter andern die Bestimmung: „. . . als Strandungsfall wird aber nur erkannt, wenn ein Schiff durch gewaltsame Umstände, nicht etwa auf einen durch Ebbe entstandenen Grund festzusitzen kommt, sondern wenn es auf einen Strand versetzt wird, und entweder gar nicht oder nur mittelst Entlöschung der Ladung durch fremde Hülfe wieder abgebracht werden kann[16])". Die hier gebrauchte Partikel „nur" zeigt klar an, daß man in dieser Definition von Strandung das Wort in einem engeren Sinne nehmen wollte, als wie es in der damaligen Praxis genommen wurde, und gleichwohl paßt diese Definition zu dem eigentlichsten Begriffe des Wortes „Strandung" durchaus nicht. Die in demselben Jahre erschienenen Bemerkungen zu den eben gedachten Bedingungen[17]) rügen es nun aber nicht bloß als eine unbillige Neuerung mehrerer damaliger Versicherer, daß sie ganz gegen den gewöhnlichen Sprachgebrauch eine so strenge Bedeutung von Stranden annähmen, daß eigentlich nie ein Strandungsfall eintreten könne, (sondern es immer ein Scheitern sein würde), sondern sie tadeln auch die neue in den Bedingungen aufgestellte Definition von Strandung als nicht umfassend genug, indem es namentlich auch als Strandung gelten müsse, wenn das festgerathene Schiff ohne fremde Hülfe, z. B. durch Sturm und Fluth wieder loskomme. Dieser Tadel hat sich denn auch in der Praxis bewährt. Denn jene Definition, die, obwohl die Bedingungen vom Jahre 1800 nie von allen Assecuranz-Compagnien zur Grundlage ihrer

---

16). Bedingungen der hamburg. Assecuradeure v. J. 1800. Art. 22.

17) S. 54, 55.

Digitized by Google

Assecuranz-Verträge gemacht worden sind, doch anfangs von mehreren Versicherungs-Gesellschaften adoptirt wurde, ist in den revidirten Plänen derselben fast allgemein wieder ganz verlassen, und in die neuen Pläne späterer Assecuranz-Compagnien nicht mehr aufgenommen. Und gewiß ist dieses nur deshalb geschehen, weil man das Unzureichende jener Erklärung eingesehen, und kann es nicht daher rühren, daß man eine Begriffsbestimmung des Wortes „Stranden" für überflüssig erachtet hat, denn noch jetzt wird die Unbestimmtheit der Clausel, und das Bedürfniß einer näheren Bestimmung derselben sehr allgemein anerkannt.

§. 8.

Um nun diesem Bedürfnisse abzuhelfen, und um, da man den engsten Begriff der Strandung für unanwendbar achtete, doch noch einen festen Stützpunkt bei der Auslegung der Clausel zu behalten, hat man es versucht, gewisse unerläßliche Merkmale des Strandungsfalles anzunehmen. So hat man namentlich bald verlangt, daß das Schiff durch gewaltsame Umstände auf einen Strand versetzt, bald, daß es nicht ohne fremde Hülfe wieder abgebracht, bald, daß es nicht ohne wenigstens theilweise Werfung oder Entlöschung der Ladung wieder losgekommen, bald endlich, daß es außer Stand gesetzt worden sei, seine vorgehabte Reise wenigstens ohne eine vorhergehende bedeutende Reparatur fortzusetzen[18]). Allein, obwohl man hiebei so viel zugeben muß, daß in Ermanglung aller dieser Umstände schwerlich von einem Strandungsfalle

---

[18]) Röding a. a. O. Glashoff a. a. O. Heft 3. S. 16, 17, 27. Benecke a. a. O. B. 3. S. 284, 296, 309, 10. Archiv für das Handelsrecht. B. 2. S. 60—71, 92—5. Vergl. Note 12.

Digitized by Google

die Rede sein kann, so läßt sich weder nach dem Sprachgebrauche noch nach der hamburgischen Praxis ein einzelner dieser Umstände für ein absolut wesentliches Erforderniß zu einem Strandungsfalle erachten, sondern dieser wird als vorhanden angenommen werden müssen, wenn das Schiff nur so gefährlich und anhaltend festgerathen war, daß dadurch dem Schiffe ein bedeutender Schaden zugefügt wurde, und die an den Waaren vorgefundene Beschädigung füglich einzig und allein durch diesen Unfall entstanden sein konnte. Nach dem oben angegebenen Zwecke der Clausel genügt dieses offenbar. Es ergiebt sich aber dieses Resultat auch noch ferner daraus, daß für keins der aufgestellten einzelnen Kriterien ein hinlänglicher Rechtsgrund aufzufinden, und daß vielmehr gegen jedes derselben Präjudicate nachgewiesen werden können.

§. 9.

Ein Strandungsfall erfordert dreierlei, und zwar erstlich, daß das Schiff auf den Grund gerathen sei. Hiebei ist nun wohl in früherer Zeit vermittelst eines ängstlichen Etymologisirens behauptet worden, es müsse das Schiff auf einen eigentlichen Strand, nicht auf eine Sandbank im offenen Meere oder auf eine Klippe gerathen sein. Diese, schon durch den Sprachgebrauch gar nicht unterstützte Spitzfindigkeit ist aber mit Recht von der Praxis zurückgewiesen, und, wie das auch der Zweck der Clausel erheischt, es für völlig gleichgültig erachtet, ob das Schiff auf einen eigentlichen Strand, oder ob es auf eine Sandbank oder eine Klippe fest geräth. Das nimt selbst das Dispache-Comptoir ohne Anstand an, das räumen auch die Vertheidiger der strengeren Meinung nach der Praxis als richtig ein[19]), und kann diese letztere auch gar nicht be-

[19]) Vergl. Glashoff a. a. O. Heft 3. S. 13, 22. ff. Benecke

zweifelt werden. Denn, was das Festgerathen auf einer Klippe anbetrifft, so ist dieses nicht nur in dem oben §. 6. erwähnten Falle für eine Strandung erachtet, sondern auch noch neuerdings dasselbe J. S. Böhmer c. Kranstöver et Pogge, und Wibel modo Tonnies c. dieselben von dem hamburgischen Handelsgerichte, dem Obergerichte und dem Oberappellationsgerichte einstimmig in einem Falle angenommen worden, wo das versicherte Schiff, der Neptunus, geführt von Capitain Flindt, an der norwegischen Küste bei Nord-Leren auf die Fiskunga-Klippe gestoßen hatte und darauf sitzen geblieben war[20]). Daß auch das Festgerathen auf eine Sandbank genüge, ist unlängst vom Oberappellationsgerichte am 30sten December 1825. J. S. de Dobbeler c. Donner, wo das versicherte Schiff auf Godwinsand festgerathen war, erkannt worden. Die Praxis der englischen Gerichte geht noch weiter, und erachtet selbst das für einen Strandungsfall, wenn das Schiff auf Pfähle zu sitzen gekommen ist[21]); und nach dem Zwecke der Clausel müßte auch bei uns das Gleiche angenommen werden.

§. 10.

Wenn nun aber hiebei weiter verlangt wird, daß das Schiff mittelst einer gewaltsamen Veranlassung auf den Strand versetzt worden sei, so ist hiefür, wenn nicht nach den Bedin-

---

a. a. O. B. 3. S. 282, 3; 298 — 300, 310. Park l. c. Tom. 1. p. 177, 8. und 187.

[20]) Und gleichwohl erforderte der Plan der Assec. Comp., deren Bevollmächtigter Böhmer ist, zum Standungsfall, „daß das Schiff auf einen Strand versetzt sei;" sämtliche Gerichte hielten aber dafür, daß nach der wahren Meinung der Clausel auf das gebrauchte Wort „Strand" kein Gewicht zu legen sei.

[21]) Park l. c. Tom. 1. p. 25, 177.

Digitized by Google

gungen vom Jahre 1800, oder nach einer auf ähnliche Weise gefaßten Clausel gezeichnet worden ist, kein ausreichender Grund vorhanden. Zwar wird es in der Regel dem Schiffe nicht, oder doch nicht erheblich schaden, wenn es im langsamen Treiben oder wohl gar während des Stilliegens zur Zeit der Ebbe auf den Grund fest zu liegen kommt, und man ist, indem man eine gewaltsame Versetzung auf den Strand erfordert hat, wohl eigentlich nur gemeint gewesen, solche Fälle eines leichten, unschädlichen Festsitzens vom Strandungsfalle auszuschließen; allein theils kann doch selbst in solchen Fällen Ausnahmsweise ein erheblicherer Schaden eintreten, und nimt man dann in England unbedenklich einen Strandungsfall an[22]), was, insofern in jenem Unfalle nur die ausreichende Veranlassung des eingetretenen Schadens gefunden werden kann, allerdings mit Recht geschieht; theils bedarf es nicht gerade der Gewalt des Windes und des Wassers, um ein Schiff auf gefährliche Weise auf den Strand zu versetzen, sondern dieses kann eben so gut durch Nebel, Schneegestöber und andere solche Begebenheiten, die den Schiffer an der Beobachtung des richtigen Courses hindern, veranlaßt werden. Ueberhaupt kommt es nicht auf die Veranlassung, sondern auf die Art und die Folgen des Festgerathens an.

§. 11.

Das zweite Erforderniß des Strandungsfalles besteht darin, daß das Schiff auf dem Grunde fest zu sitzen gekommen ist. Das bloße Berühren des Grundes, ein bloßes Stoßen ist kein Stranden[23]), und eben so wenig kann es für eine

[22]) Park l. c. Tom. 1. p. 178, 179. Benecke a. a. O. B. 5. S. 134.

[23]) Röding a. a. O. und ein Präjudicium im Archiv f. d. Handelsr. B. 2. S. 570—3.

Digitized by Google

Strandung geachtet werden, wenn auch das Schiff bei dem Aufstoßen auf den Grund einige Augenblicke in seiner Fahrt aufgehalten sein sollte, denn dieses ist kein eigentliches Feststitzen. So wurde denn auch in einem Falle, wo das Schiff bei der Berührung des Grundes anderthalb Minuten sitzen geblieben war, von den englischen Gerichten erkannt, es sei dieses für ein Stranden nicht zu achten[24]).

§. 12.

Drittens endlich muß das gestrandete Schiff durch diesen Unfall einen erheblicheren Schaden erlitten haben. Hier ist man auf der einen Seite darüber einig, daß, wenn das Schiff gar nicht oder nur als Wrack wieder abgebracht werden kann, ein Strandungsfall vorhanden sei, und eben so wenig kann es auf der andern Seite einem Bedenken unterliegen, daß es schon nach dem Sprachgebrauche für kein Stranden zu achten sei, wenn das Schiff selbst nach einem längeren Feststitzen ohne allen Nachtheil wieder abgebracht worden ist. Ist aber weder der erstere noch der letztere Fall vorhanden, so gelangt man in das Gebiet der Controversen, zu deren Entscheidung man es versucht hat, die oben im §. 8. angeführten einzelnen Merkmale des Strandungsfalles aufzustellen. Sieht man aber auf die Quelle derselben, so läßt es sich nicht verkennen, daß man dabei Bestimmungen der hamburgischen Assecuranz-Ordnung, die vom Stranden und Festgerathen reden, im Auge gehabt habe[25]). Schon dieser Umstand muß jedoch ein Bedenken dagegen erregen, da gezeigter Maaßen jenes Gesetz nicht dazu benutzt werden kann, um den Sinn der Clausel zu

---

[24]) Park l. c. Tom. 1. p. 178. Benecke a. a. O. B. 5. S. 134.

[25]) Vergl. oben §. 4.

Digitized by Google

erläutern. Sieht man ferner auf den Zweck, der durch die Aufstellung jener Merkmale des Strandungsfalles erreicht werden sollte, so ist er doch eigentlich nur der, denselben als einen erheblicheren, mit bedeutenderen Nachtheilen verknüpften Seeunfall zu characterisiren, und die Fälle eines leichteren und weniger nachtheiligen Festgerathens vom Begriffe der Strandung auszuschließen. Hienach erscheint es aber unpassend, die Sache gerade auf das Vorhandensein des einzelnen Erfordernisses zu stellen, weil, wenn es auch an diesem gebricht, doch die übrigen zusammentreffenden Umstände den Fall zu einem erheblicheren Seeunfalle machen können, wo denn der Sprachgebrauch keinen Anstand nimt, ihn als eine Strandung zu bezeichnen.

§. 13.

Aber auch die Gerichte haben hiebei kein Bedenken gefunden. Erfordert man zur Strandung, daß das Schiff nicht ohne fremde Hülfe wieder abgebracht sei, so spricht dawider die Entscheidung J. S. M. Cann et Möller c. Rasper, wo das Schiff unterhalb Tönningen von dem Strome auf den Strand versetzt, und ohne fremde Hülfe von der eigenen Schiffsmannschaft wieder abgebracht war, dabei aber Anker und Tau verloren, und einen bedeutenderen Leck bekommen hatte[26]). Erfordert man eine wenigstens theilweise Entlöschung oder Werfung der Ladung, um dadurch das Schiff zu erleichtern und wieder vom Grunde abzubringen, so ist dawider die eben angeführte Entscheidung; ferner das oben §. 6. erwähnte Präjudicat, wo von der Ladung nichts geworfen, dagegen aber zur Erleichterung des Schiffes der große Mast gekappt war; und endlich eine gleich näher zu erwähnende

[26]) Archiv f. d. Handelsrecht. B. 2. S. 78 — 90.

Digitized by Google

Entscheidung des hamburgischen Obergerichts und des Oberappellationsgerichts J. S. de Dobbeler c. Donner. Daß endlich das Schiff durch die Strandung außer Stand gesetzt sein müsse die Reise fortzusetzen, könnte nur verlangt werden, wenn man das Wort „Strandung" in der oft gedachten Clausel im engsten Sinne zu verstehen hätte. Da dieses aber entschieden nicht der Fall ist, so hat diese Ansicht auch nie die Billigung der Gerichte erhalten[27]). Selbst der, freilich ziemlich gewöhnliche, Umstand, daß das Schiff erst nach beschaffter Reparatur im Stande gewesen ist, seine Reise fortzusetzen, kann für ein wesentliches Erforderniß des Strandungsfalles nicht geachtet werden; wie die Präjudicate J. S. M. Cann et Möller c. Rasper, und Schmidt c. Knauer[28]) ergeben. Alle diese Entscheidungen, in denen man mit Unrecht hat Widersprüche finden wollen, weil in dem einen Falle auf Umstände Gewicht gelegt worden ist, die in dem andern, wo doch auch eine Strandung angenommen wurde, nicht vorhanden waren, ergeben das Resultat, daß es bei der Strandung weder auf die Veranlassung des Festgerathens, noch auf einen bestimmten Erfolg desselben, noch endlich auf die Art und Weise, wie das Schiff wieder vom Grunde abgebracht ist, ankommt; sondern lediglich auf die Erheblichkeit der dadurch herbeigeführten Beschädigung. Und aus diesem

---

[27]) Außer der bereits angeführten Entscheidung J. S. Vidal et Comp. c. Hudtwalcker (cf. §. 6.) gehören hieher auch noch aus neuerer Zeit die ebenfalls bereits erwähnten Entscheidungen J. S. Böhmer und Wibel c. Krahnstöver et Pogge (cf. §. 9.), wo das Schiff, nachdem es wieder abgebracht und in Drontheim reparirt war, die Ladung selbst nach dem Bestimmungshafen Rostock überbrachte.

[28]) Archiv f. d. Handelsrecht. B. 2. S. 78 — 92.

Digitized by Google

Gesichtspunkte erscheinen alle jene Entscheidungen als völlig consequent, weil in jedem einzelnen Falle auf die concreten Umstände nur insoweit gebauet ist, als daraus die Schwere des Unfalles abzunehmen war.

§. 14.

Diese Frage nach den Erfordernissen des Strandungsfalles kam bei dem Oberappellationsgerichte besonders in dem folgenden Falle zur Sprache. Am 9ten Februar 1821 hatte C. H. Donner in Altona ungefähr 2200 Kisten Südfrüchte im Schiffe Marianne für die Reise von Messina nach Kopenhagen bei mehreren hamburgischen Assecuranz-Compagnien versichern lassen. Die Police war mit der Clausel frei von Beschädigung, außer im Strandungsfall und die Havarie grosse, gezeichnet; es fehlte aber in den Plänen der Compagnien an einer Definition des Strandungsfalles. Das Schiff gelangte glücklich bis in den Canal, wo man in der Nacht vom 4ten auf den 5ten Februar die Feuer von Dungerness und Foreland zu Gesicht bekam. Die Luft war dick und regnigt. Um 2 Uhr Morgens bemerkten die Schiffsleute bei östlicher Richtung des Schiffes am Steuerbordsbug ein Feuer, welches sie für das von Calais hielten, und, um nicht mit der eingetretenen Ebbe auf die französische Küste zu gerathen, nördlich steuerten. Nach der Fahrt einer halben Stunde sahen sie aber plötzlich Brandungen vor sich, und stießen, ehe sie das Schiff wenden konnten, mit großer Gewalt auf den Grund, wie sich nachher entdeckte des Godwinsand an der englischen Küste. Das Schiff fiel sogleich auf die Seite der Brandungen und stand fest. Sie machten alsbald Nothsignale, und geriethen, bei stets noch abnehmendem Wasser, immer fester zu sitzen, so daß sie um 4 Uhr Morgens nur 4 Fuß Wasser hatten. Um 7½ Uhr kamen von Deal 2 Böte über den Sand

herbei, deren Hülfe von ihnen, „zur Erhaltung des Fahrzeuges, der Ladung und ihres Lebens", sogleich angenommen, und alsbald ein Anker ausgebracht wurde, um bei eintretender Fluth das Schiff vom Sande abzuwerfen. Noch war kein Wasser in das Schiff gedrungen.

§. 15.

Mit der Fluth erhob sich ein starker Wind, die hohe See brach sich über das Schiff hin, dasselbe zog viel Wasser, stieß mit großer Gewalt und rollte so stark, daß das ausgebrachte Kabbeltau brach. Jetzt blieb keine andere Aushülfe, als das Schiff mittelst der Segel über die Sandbank hin zu forciren, wobei aber dasselbe heftig in den Brandungen schlug, und so gewaltsam stampfte und stieß, daß sie beständig in Gefahr schwebten, die Masten zu verlieren, und ihnen das Steuerruder ausgehoben wurde. Alles, was auf dem Verdecke befindlich war, mußten sie nebst dem großen Boote, welches die überschlagenden Wellen mit Wasser angefüllt hatten, kappen, um nicht dadurch gehindert zu werden, auch wurden ihnen von den Wellen die Cajütenfenster eingeschlagen, und die Lebensmittel beschädigt. Das Wasser im Schiffe nahm bis auf 5 und 6 Fuß zu. Um 10 Uhr kamen sie endlich in tiefes Wasser, und wurden jetzt von den beiden Böten, deren eins an jeder Seite des Schiffs befestigt war, nach dem Hafen von Ramsgate gelootst, wobei das Wasser im Schiffe fast bis an die Cajüte stand, und sechs Mann zur Hülfe bei den Pumpen angenommen werden mußten, weil die Schiffsmannschaft von der Arbeit ganz erschöpft war. Die Ladung ist zu Ramsgate entlöscht, und etwa zum dritten Theile naß, das Schiff selbst aber so beschädigt gefunden, daß die Reparatur desselben zu 439 Lst. angeschlagen, und es in dem damaligen Zustande für 202 Lst. verkauft wurde. Den Bergern wurde

Digitized by Google

von der Commission der fünf Häfen eine Belohnung von 243 Lst. zuerkannt.

§. 16.

Hier bestritten nun die Versicherer das Vorhandensein eines Strandungsfalles, besonders deshalb, weil das Schiff ohne gewaltsame Zufälle, auf einen durch Ebbe entstandenen Grund, und nicht einmal auf einen Strand, sondern auf eine Sandbank fest gerathen, und weil es ohne Werfung oder Entlöschung der Ladung, auch ohne fremde Hülfe, mittelst der Kraft der eigenen Segel wider los gekommen sei. Es trug aber das hamburgische Obergericht kein Bedenken, hier nach allen Umständen einen Strandungsfall als vorhanden anzunehmen, und das Oberappellationsgericht bestätigte dessen Erkenntniß am 30sten Dec. 1825, indem es in den Entscheidungsgründen theils von den oben entwickelten allgemeinen Ansichten über die Erfordernisse eines Strandungsfalles ausging, theils es noch besonders geltend machte, daß die Strandung des Schiffes allerdings durch besondere Zufälle veranlaßt und mit besonderen Unfällen begleitet gewesen sei, und daß das Schiff bei dem Wiederloskommen allerdings fremde Hülfe gehabt habe. Wenn aber die von den Bergern unmittelbar geleistete Hülfe nichts gefruchtet habe, so könne dieses nichts releviren, denn es beweise nur um so mehr das feste und gefährliche Festsitzen des Schiffes; und hätten sie auch demnächst dem Schiffe sehr erheblichen Beistand geleistet. Jedenfalls müsse es genügen, daß das festgerathene Schiff nur durch so ungewöhnliche, gefährliche und in ihren Folgen so nachtheilige Anstrengungen wieder losgekommen sei. — Auch konnte das kein Bedenken erregen, daß die Beschädigungen an Schiff und Ladung nicht so sehr während des Festsitzens des Schiffes auf der Sandbank, als vielmehr erst hinterher, während dasselbe

Digitized by Google

über den Sand weg forcirt wurde, entstanden waren, denn, wer für einen Seeunfall haftet, der hat auch für den bei Gelegenheit und in unmittelbarem Gefolge desselben eingetretenen Schaden einzustehen; eben so wie beim Seewurfe nicht bloß das Geworfene, sondern auch das bei Gelegenheit desselben Beschädigte in Havarie grosse vergütet werden muß[29]).

§. 17.

Auch bei dieser Clausel entsteht übrigens, wie bei der auf das Stoßen gestellten, die weitere Frage, ob sie bei allen Arten von Beschädigungen Anwendung finde, wie es nach der Wortfassung derselben der Fall zu sein scheint. Allein, so wie schon in der Clausel selbst die Bezahlung der großen Havarie auch außer dem Strandungsfalle versprochen zu werden pflegt, weil der Assecuradeur es seinem Interesse angemessen finden muß, Schäden und Kosten, die zur Rettung von Schiff und Ladung und zur Abwendung größeren Nachtheils gemacht worden sind, bereitwillig zu übernehmen; so muß auch bei der particulären Havarei, nach Veranlassung und Zweck der Clausel, der Versicherer da zur Bezahlung des ohne Strandung eingetretenen Schadens verpflichtet geachtet werden, wo letzterer seinem ganzen Umfange nach offenbar von speciellen, bestimmten Unfällen der Seereise herrührt[30]). Geht z. B. das Schiff total zu Grunde, wird die Ladung mit oder ohne

---

[29]) l. 4. §. 2. D. de lege Rhodia de jactu (14, 2.) In Beziehung auf die während des Seewurfs eingetretenen Beschädigungen ist das auch vom OAGerichte J. S. Feilden Jackson et Comp. c. Godeffroy et Sohn mittelst Urtheils vom 9ten Julius 1824. erkannt worden.

[30]) Vergl. Benecke a. a. O. B. 3. S. 65, 66. 303 — 8. coll. S. 315 — 22., der aber die Ausnahmsfälle, wo die Clausel keine Anwendung findet, zu beschränkt annimt.

Digitized by Google

Schiff von einem Kaper genommen, und sind wenigstens deshalb Reclamekosten aufgewandt, werden die versicherten Güter durch Feuer oder durch das Beschießen feindlicher Kriegsschiffe beschädigt, so muß der dadurch verursachte Nachtheil von dem Versicherer getragen werden; denn sich auch hievon frei zu zeichnen, liegt gar nicht in der Meinung der Clausel. Sie soll ihn sichern, nicht wegen eines auf der Reise eingetretenen Verderbs der Waare, der auch eben so gut von der innern fehlerhaften Beschaffenheit oder der natürlichen Verderblichkeit derselben herrühren könnte, ohne eingetretenen Strandungsfall in Anspruch genommen zu werden; deshalb zeichnet er sich mit Ausnahme jenes Falles von Beschädigung frei. Schon dieser gewählte Ausdruck deutet darauf hin, daß er von der Verbindlichkeit zum Ersatze nicht befreiet sein will, wenn die versicherte Waare ganz abhanden kommt, oder wenn zur Wiedererlangung derselben Kosten aufgewandt werden müssen; und obwohl, wenn die Waaren durch gewaltsame Veranlassungen verletzt werden, dieses immer in die Kategorie von Beschädigungen gehört, so sind das doch keine solche Beschädigungen, als an welche bei Abfassung der Clausel gedacht ist.

§. 18.

Endlich kommt auch noch die Wirkung derselben bei eingetretenem Strandungsfalle in Betracht. Ist ein Strandungsfall vorgekommen, so sieht die englische Jurisprudenz die in der Clausel gemachte Ausnahme als aufgehoben an, und verfährt nun so, als wenn sie gar nicht in die Police gerückt wäre, so daß der Versicherer auch den übrigen nicht durch die Strandung veranlaßten Seeschaden mit ersetzen muß[31]). Eine

[31]) Park l. c. Tom. 1. p. 187 — 190. Benecke a. a. O. B. 3. S. 309, 311 — 20. Diese Ansicht der englischen Gerichte,

ſtrenge grammatiſche Auslegung der Clauſel führt nun freilich zu dieſem Reſultate; aber wo man nicht, wie in England, dieſe vorherrſchen läßt, da kann dieſe Annahme doch nicht gebilligt werden, weil ſie offenbar gegen die Meinung der Bedingung verſtößt. Dieſe iſt nämlich nur auf die nach der Strandung vorgefundene Beſchädigung gerichtet, und wird hinſichtlich dieſer der Verſicherte durch die Clauſel des Beweiſes überhoben, daß ſie gerade durch die Strandung und nicht durch innern Verderb oder ſonſt veranlaßt worden ſei; dagegen aber ſoll der Verſicherer vom Schadenserſatze frei ſein, wenn auch ein anderer, z. B. ein die Reiſe ſtörender oder verzögernder Unfall den Schaden eben ſo gut veranlaßt haben könnte, als die Beſchaffenheit der Waare ſelbſt. Hat daher die Waare ſchon vor der Strandung eine Beſchädigung erlitten, oder kommt nachher eine Beſchädigung aus Veranlaſſungen hinzu, für welche der Verſicherer zufolge der Clauſel nicht haftet, ſo kann ihm auch ein Erſatz hiefür nicht zugemuthet werden[52]). Da-

---

nicht ſowohl die weite der Strandung beigelegte Bedeutung, hat allem Anſehen nach die londoner Aſſecuranz-Compagnien veranlaßt, ſeit dem Jahre 1754 die Worte „or the ship be stranded“ in der Clauſel zu ſtreichen. (ſ. oben Note 5.) Vergl. über den in jenem Jahre vorgekommenen Fall, Weskett Theorie und Praxis d. Aſſecur, überſ. v. Engelbrecht s. v. Stranden nr. 3. B. 2. S. 158. u. Benecke a. a. O. B. 3. S. 309.

[52]) Die entgegenſtehende Anſicht Benecke's a. a. O. B. 3. S. 301—3, wobei er ſich zugleich auf die Praxis des hamburg. Diſpache-Comptoirs beruft, und die daraus S. 305—7. gezogene Folge, daß, wenn die Waare bereits früher, ohne eingetretene Strandung, eine Beſchädigung erlitten hatte, und demnächſt total verunglücke, der Verſicherer, jener früheren Beſchädigung wegen, keinen Abzug machen könne, verdient daher, nach der

gegen aber versteht es sich von selbst, daß der Assecuradeur auch für solchen Schaden haftet, der als Folge der Strandung bei der Fortsetzung der Reise eintritt.

§. 19.

In dem schon mehrerwähnten Falle, Wibel modo Tonnies c. Krahnstöver et Pogge war eine Ladung Heeringe für die Reise von Drontheim nach Rostock mit der fraglichen Clausel versichert. Durch die, beim Auslaufen aus Drontheim am Ende Oct. 1819. eingetretene, Strandung, und das dabei eingedrungene Seewasser, war die Ladung theilweise beschädigt, weshalb nach Entlöschung derselben, unter Mitwirkung des Schiffers und seiner Correspondenten, so wie unter Zuziehung der in Drontheim befindlichen Bevollmächtigten der Assecuradeure, mit Hülfe von Sachverständigen die beschädigten Heeringe von denen, die sich als unbeschädigt darstellten, gesondert, erstere verkauft, letztere hingegen neu aufgesalzen, verküpert, und im folgenden Frühling, nachdem das Schiff reparirt war, nach nochmaliger Besichtigung wieder in dasselbe eingeladen und nach dem Bestimmungsorte überbracht wurden. Hier fand sich nun aber demnach eine Beschädigung an den Heeringen vor, welche die Wracker auf die Rechnung eingedrungenen Seewassers schoben; deren Vergütung aber die Assecuradeure verweigerten, weil das Schiff auf der Frühlingsreise nicht gestrandet gewesen sei. — Hier wurde im Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts vom 30sten Sept. 1822. angenommen, daß es darauf ankomme, ob diese in Rostock vorgefundene Beschädigung eine Folge der Strandung bei Drontheim, oder ob sie einer andern Veranlassung

---

Art und Weise, wie man bei uns mit der juristischen Auslegung verfährt, in dieser Allgemeinheit keine Billigung.

Digitized by Google

zuzuſchreiben ſei, und daß nur in dem erſteren Falle die beklagten Aſſecuradeure zur Vergütung auch dieſes Schadens gehalten ſeien. Da nun in dem Zuſammentreten der Bevollmächtigten der Verſicherer mit denen der Verſicherten nach der Strandung und vor der Wiederverſchiffung der Ladung die Abſicht gefunden werden mußte, zu ermitteln, wie weit der Schaden als Folge der Strandung angeſehen und von den Verſicherern getragen werden müſſe; ſo wurde auch ferner angenommen, daß es dem Verſicherten, der die wieder eingeſchiffte Waare als unbeſchädigt an ſich genommen habe, obliege, darzuthun, daß er ſich hierin geirrt, und daß die in Roſtock vorgefundene weitere Beſchädigung noch eine Folge der Strandung ſei; was übrigens der Beſchaffenheit dieſer Beſchädigung nach ſchon daraus hervorgehen würde, wenn nur nachgewieſen werde, daß das Schiff auf der neuen Reiſe gar keinen Unfall, wodurch Waſſer in das Schiff eingedrungen ſei, erlitten habe.

Digitized by Google

V.

Pflicht des auswärtigen Ordergebers einer Versicherung, den eingetretenen Unfall schleunigst einzuberichten.

§. 1.

Wenn ein Schiff zur Zeit, als man dasselbe oder die darin befindlichen Waaren versichern läßt, bereits untergegangen war, so ist die Versicherung dennoch gültig, wenn nur der Versicherte von dem Untergange des Schiffes damals noch nicht benachrichtigt war[1]). Es erfordern aber Treue und Glauben, nicht nur, daß der Versicherte seine wirkliche Wissenschaft von dem eingetretenen Unfalle nicht verhehle, sondern auch, daß er den Versicherer durch die Mittheilung der ihm in der Hinsicht bekannten Umstände in den Stand setze, die Möglichkeit eines solchen bereits eingetretenen Schadens gehörig zu würdigen. Denn der Versicherte ist zur Anzeige aller derjenigen Umstände verpflichtet, die nach vernünftigem Ermessen auf die Schätzung der Gefahr, und somit auf den Entschluß des Versicherers, sich auf den Vertrag einzulassen, Einfluß haben können[2]).

[1]) Amsterd. Assec. Ordn. Art. 3 Hamburg. Assec. Ordn. Art. 9. Preuß. Seerecht. v. J. 1727. Kap. 6. Art. 13, 14. Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 2200, 2201, 2207. coll. §. 2028. Code de Commerce art. 365, 367, 368. v. Martens Handelsrecht, §. 211.

[2]) Hamburg. Assec. Ordn. Tit. 4. Art. 12, 13. Preuß. Landr.

Digitized by Google

Dieses ist nun allerdings der Fall, wenn die letzten Nachrichten, die der Versicherte vom Schiffe hat, nicht die neuesten sind, welche man von dem Abgangsorte haben kann, und wenn er es sich als möglich denken muß, daß das Schiff seit dem Eingange seiner jüngsten Nachrichten abgegangen, oder sonst damit eine erhebliche Veränderung vorgenommen sei. Daher muß der Versicherte nicht bloß anzeigen, welche Nachrichten und von welcher Zeit er sie von dem Schiffe hat, sondern er muß es auch bemerklich machen, wenn es ihm an neueren möglichen Nachrichten gebricht. Versäumt der Versicherte dieses, so will die hamburgische Assecuranz-Ordnung es sehr zweckmäßig so angesehen wissen, „daß, zufolge der jüngsten Nachricht und Wissenschaft, die der Assecurirte, zur Zeit der Versicherung, davon gehabt und erhalten, oder wenigstens haben können, das Schiff noch wirklich an dem Orte der Ladung gelegen [3])". Dieses bildet demnach die Basis des Assecuranzcontractes, und wenn daher das Schiff bereits vor der Zeit, wo die jüngste Nachricht von dem Abgangshafen aus hätte abgesandt werden können, von dort versegelt und verunglückt sein sollte, so kann der Versicherer dafür nicht in Anspruch genommen werden. Sind nun aber die erforderlichen Anzeigen gehörig gemacht, und ist dann auch das Schiff zur Zeit, wo die Assecuranz genommen wurde, bereits verunglückt gewesen, so ist die Assecuranz rechtsbeständig, nur muß in Ermanglung anderer Beweise hierüber der Assecurirte allenfalls, d. h. wenn

---

a. a. O. §. 2026. Code de Commerce art. 348. Benecke, System d. Assecuranzen. B. 3. S. 90 – 159. 177 — 190.

[3]) Hamburg. Assec. Ordn. Tit. 4. Art. 12. Die Schwierigkeit, welche der Schlußsatz des Art. in der Auslegung macht, soll künftig in einer besonderen Erörterung gehoben werden.

Digitized by Google

nicht bereits die Umstände ergeben, daß er damals den Unfall noch nicht wissen konnte, eidlich erhärten, daß er zur Zeit, wo er die Versicherung nahm, den Verlust des Schiffes oder den eingetretenen Schaden noch nicht gekannt habe[4]). So ist es in dem Falle, wenn der Versicherte an dem Orte, wo die Versicherung genommen wird, anwesend ist.

§. 2.

Ist hingegen der Versicherte ein Auswärtiger, der den Auftrag, für ihn eine Versicherung zu besorgen, eingesandt hat, so hat die Assecuranz nur Bestand, wenn weder der Ordergeber zur Zeit, wo er den Auftrag ertheilte, den Unfall kannte[5]), wobei hinsichtlich seiner die im vorigen Paragraphen erörterten näheren Verpflichtungen hinzukommen, noch auch der Commissionär zur Zeit, als er den Auftrag ausführte, von dem Unfalle Kenntniß hatte. Denn, wo Jemand aus einem Geschäfte, welches er durch einen Bevollmächtigten besorgen läßt,

---

[4]) Hamburg. Assec. Ordn. Tit. 5. Art. 9. coll. Preuß. Seerecht v. J. 1727. Kap. 6. Art. 14. Andere neuere Assecuranzgesetze kommen hier dem Versicherer mehrentheils mit besonderen Präsumptionen zu Hülfe, die sie nach Maaßgabe der Entfernung des Weges und des gewöhnlichen Postenlaufes darüber aufstellen, ob die Nachricht von dem Unfalle am Wohnorte des Versicherers bereits bekannt gewesen sei; lassen aber für den Fall, daß ohne bestimmten Beweis der Wissenschaft des Versicherten, bloß wegen jener Präsumption der Vertrag für unverbindlich erklärt wird, nur das Ristorno eintreten. Preuß. Landr. a. a. O. §. 2027, 8; 2200 — 8. Code de Comm. art. 365 — 8. Benecke a. a. O. B. 3. S. 160 — 171.

[5]) Hamburg. Assec. Ordn. Tit. 5. Art. 9. Benecke a. a. O. B. 3. S. 171.

Digitized by Google

Rechte erwerben will, da müssen beide, sowohl der, welcher den Auftrag ertheilt, als der, welcher ihn ausführt, bonam fidem prästiren [6]). Wußte nun aber auch der Ordergeber zur Zeit, als er den Auftrag absandte, nichts von dem eingetretenen Unfalle, er erfährt aber denselben noch so zeitig, daß er es für möglich achten muß, eine unaufgehaltene, hierüber an den Commissionär gesandte Nachricht könne noch vor der Ausführung der Order eintreffen, so würde er durch die Unterlassung dieser Benachrichtigung, und durch dieses Fortbestehenlassen eines jetzt nicht mehr statthaften Auftrages seine Pflichten gegen den Versicherer ebenfalls verletzen, und keine Ansprüche auf Ersatz des erlittenen Schadens an denselben haben [7]). Nur dann behält die Versicherung Bestand, wenn sie eher geschlossen worden ist, als der außerhalb Landes befindliche Versicherte die Nachricht von dem Schaden nach dem Orte, wo versichert werden sollte, geschrieben hat, oder als sie dort kund werden konnte [8]).

§. 3.

Diese letzterwähnte Vorschrift der Assecuranz-Ordnung redet aber offenbar nur von dem Falle, wo der Versicherte eine directe Order zur Besorgung der Assecuranz ertheilt hat. Ist nun aber dieselbe durch mehrere Hände gegangen, wie in einem bei dem Oberappellationsgerichte vorgekommenen Falle, wo der in Drontheim anwesende Schiffer seinem Rheder in Rostock, und dieser weiter seinen Geschäftsfreunden in Ham-

---

[6]) l. 2. §. 10, 13. D. pro emptore (41, 4.) Vergl. Preuß. Landr. a. a. O. §. 2029.

[7]) Benecke a. a. O. B. 3. S. 172. coll. 156 — 9.

[8]) Hamburg. Assec. Ordn. Tit. 5. Art. 9.

Digitized by Google

burg den Auftrag zur Versicherung der für Rechnung des Schiffers geladenen Güter ertheilte; so braucht der eigentliche Versicherte, insofern ihm von seinem unmittelbaren Geschäftsführer dessen Substitute nicht bereits namhaft gemacht ist, die Nachricht von dem Unfalle nicht direct an den Ort, wo die Versicherung besorgt wird, gelangen zu lassen; sondern die Assecuranz bleibt bei Kräften, wenn er nur ungesäumt seinen Mandatar, und dieser wieder unaufgehalten weiter seinen Substituten davon in Kenntniß setzt. Denn es würde offenbar unangemessen sein, wenn man den Assecurirten zu einer directen Benachrichtigung verpflichten wollte, wo er vielleicht gar nicht einmal weiß, auf welchem Handelsplatze, und noch weniger, von und bei wem dort seine Assecuranz besorgt werden soll. Dagegen aber kann es auch nicht genügen, wenn bloß der Versicherte oder wenn bloß dessen Mandatar den Unfall, so wie ein Jeder von ihnen denselben erfahren, zeitig einberichtet, der Eine oder der Andere von ihnen aber mit der Benachrichtigung gesäumt hat; denn, wenn auch die Reihe der Mittelspersonen sich verlängert, so ändert das doch an dem Prinzipe nichts, daß der Committent und dessen Stellvertreter dem Assecuradeur zur treuen und schleunigen Angabe der vorhandenen, für die Versicherung erheblichen Umstände, gehalten sind. Der Versicherte kann daher keine Ansprüche an den Versicherer machen, wenn die Nachricht von dem eingetretenen Unfalle schon vor Unterzeichnung der Police am Wohnorte des Versicherers hätte angelangt sein können, insofern nur er selbst, oder sein Commissionär, oder wer sonst noch in der Reihe der Mittelspersonen folgt, sich hiebei keine Zögerung hätten zu Schulden kommen lassen; und erscheint es übrigens in Betreff dieser Zögerung ganz gleichgültig, ob der Mittelsperson die Nachricht von dem Unfalle durch ihren Vormann zugegangen,

Digitized by Google

oder ob ihr derselbe auf irgend eine andere Weise bekannt geworden ist [9]).

---

[9]) Nach diesen Grundsätzen interloquirte das OAGericht am 30sten Sept. 1822. in der in dem §. gedachten Rechtssache, Böhmer c. Krahnstöver et Pogge (vergl. d. 4te Abhandl. §. 9 und 19.) auf den Beweis, daß der Ordergeber der Letztern M. Meyer in Rostock, welcher seinerseits von dem Schiffer aus Drontheim zur Besorgung der Assecuranz beauftragt war, den bei Drontheim eingetretenen Unfall so zeitig habe wissen können, daß wenn derselbe diese Nachricht sofort an die Kläger, Krahnstöver et Pogge nach Hamburg gemeldet hätte, Letztere vor dem Abschluß der Assecuranz von dem Unfalle unterrichtet gewesen sein würden.

Digitized by Google

VI.

Von dem beſſeren Beweiſe durch Nachverklarungen, und nochmalige Abhörung der Schiffsmannſchaft als förmlicher Zeugen.

§. 1.

Die Unmöglichkeit über die Vorfälle auf offener See in anderer Weiſe, als durch die auf dem Schiffe befindlich geweſenen Perſonen, namentlich durch die Schiffsmannſchaft ſelbſt, Beweiſe führen zu können, hat die Verklarungen oder Seeproteſte veranlaßt. Sie werden bekanntlich vom Schiffer, der dabei das auf der Reiſe geführte Journal, inſoweit dieſes möglich iſt, zum Grunde legt, abgefaßt, und demnächſt, gewöhnlich ohne Zuziehung der andern Intereſſenten[1]), von ihm und

[1]) So zweckmäßig es auch wäre, die Zuziehung da, wo ſie möglich iſt, namentlich da, wo die Rheder, die Ladungsintereſſenten oder die Verſicherer anweſend ſind, zu erfordern, ſo findet ſich dieſes doch faſt nirgends, wenigſtens nicht als die Regel vorgeſchrieben, und wird noch weniger in der Praxis ſo gehalten. Vergl. Straccha tract. de nautis P. 2. nr. 7. (in Opere de mercatura pag. 406. col. 1.); Loccenius de iure maritimo lib. 3. cap. 10. §. 6. Emerigon traité des assurances tom 2. ch. 14. sect. 2. §. 4. in fin. Wedderkop introd. in ius nautic. lib. VI. §. 30. Meyersieck D. de protestu maritimo §. 4, 14. Däniſch. Geſetzbuch B. 8. Kap. 8. Art. 2. Cod. Venet. P. 2. Tit. 9. §. 6. Was namentlich das hamburg. Recht anbetrifft, ſo iſt die Zuziehung der Intereſſenten zur Ver-

Digitized by Google

von der Mannſchaft gerichtlich beeidigt. Dieſes geſchieht mehrentheils gleich oder doch kurze Zeit nach der Ankunft des Schiffes im Beſtimmungs- oder im Noth-Hafen, weil dann noch die Vorfälle der Reiſe den Leuten am friſcheſten im Gedächtniſſe leben, und weil ſich die Mannſchaft ſpäterhin gewöhnlich bald zerſtreuet. Durch dieſes Verfahren entſteht aber leicht die Unzuträglichkeit, daß die Thatſachen, zumal ſolche, welche den Schiffer und deſſen Rheder nicht unmittelbar intereſſiren, und von deren Erheblichkeit der Schiffer damals noch nicht unterrichtet war, nicht mit der erforderlichen Vollſtändigkeit und Schärfe in die Verklarung aufgenommen werden. Wenn ſich dieſes hinterdrein entdeckt, ſo ſucht man ſich wohl damit zu helfen, daß man von dem noch anweſenden Theile der Mannſchaft eine ſ. g. Nachverklarung belegen läßt, worin die erforderlichen Aufklärungen enthalten ſind.

§. 2.

Dieſes Verfahren kann nun aber in der Regel für zuläſſig nicht geachtet werden. Denn eine Hauptſtütze für die

klarung nur in dem Falle geſetzlich vorgeſchrieben, wenn der Schiffer die Güter beſchädigt abliefert und das auf Rechnung eines Seeunfalles ſchiebt (Langenbeck Anmerk. z. hamburg. Seerechte S. 186. Klefecker Samml. hamburg. Geſetze und Verfaſſ. B. 7. S. 559. coll. S. 561, 2; vergl. mit d. hamb. Verordn. f. Schiffer u. Schiffsvolk v. 27ſten März 1786. §. 6. a. E. bei Anderſon Samml. hamburg. Verordn. B. 1. S. 121, und der Handelsger. Ordn. Art. 3.) Die muſterhafte lübiſche Verordn. über Schiffsjournale und Verklar. vom 18ten Aug. 1819. §. 12. verlangt allgemein die Benachrichtigung der Rheder, Ablader und Ladungsempfänger — aber nicht der Verſicherer —, und geſtattet denſelben beſondere Fragen oder Punkte, worüber ſie Schiffer und Volk bei der Verklarung vernommen zu haben wünſchen, ſchriftlich der Behörde einzureichen.

Digitized by Google

Glaubwürdigkeit der Verklarung liegt im Journal, wonach der Schiffer ſie entworfen, und nur die erforderlichen Erläuterungen hinzugefügt hat. Dieſer Stütze entbehrt aber die Nachverklarung, welche die Schiffsleute bloß nach ihrer Erinnerung abzufaſſen pflegen, und ſtatt deren man ſicher das Journal produciren würde, wenn etwa in dieſem die erforderliche nähere Auskunft gefunden werden könnte. Sodann aber, und das iſt die Hauptſache, weicht die Form der Verklarung in ſehr weſentlichen Punkten von der einer gewöhnlichen Zeugenvernehmung ab, es werden die Leute nicht einzeln und ſpeciell abgehört, auch nicht veranlaßt ſelbſt den Hergang der Sache zu erzählen, der Gegner wohnt, wo dieſes auch bei der Vernehmung von Zeugen geſtattet iſt, der Abhörung nicht bei, er überreicht keine Frageſtücke, und legt den Leuten durch den Richter keine Fragen vor, ſondern die Leute eunt et iurant in verba magistri. Es leuchtet ein, daß dieſe Form eben nicht dazu geeignet iſt, Vertrauen zu der Glaubwürdigkeit der Verklarung zu erwecken, und wenn man ſich gleich damit zu begnügen pflegt, ſo hat dieſes ſeinen Grund nur darin, daß häufig die Umſtände ein weitläuftigeres und ſorgfältigeres Verfahren nicht zulaſſen, daß es in vielen Fällen unthunlich iſt, dritte Intereſſenten bei der Aufnahme der Verklarung zuzuladen, und daß man dadurch gewohnt wird, auch in andern Fällen, wo eine zweckmäßigere und dem Gewöhnlichen ſich mehr anſchließende Verfahrungsart möglich wäre, dieſelbe ſummariſche und mangelhafte Procedur anzuwenden.

§. 3.

Man kann daher die Verklarungsform nur da anwenden, wo die Noth es erheiſcht ſich damit zu begnügen, oder wo Geſetz und Herkommen ſie beſtimmt zulaſſen. Letzteres geht nun aber nicht über den Fall hinaus, wo die Mannſchaft

Bayerische Staatsbibliothek München

Digitized by Google

gleich nach beendigter Seereiſe eine Darſtellung von den darauf erlebten Schickſalen giebt und beſchwört, und man räumt mit Recht ſelbſt einer erſten Verklarung dann keine beweiſende Kraft mehr ein, wenn dieſelbe geraume Zeit nach der Ankunft des Schiffes, und wohl gar zu einer Zeit, wo bereits Conteſtationen entſtanden waren, belegt worden iſt. Denn hier wäre immer ein förmlicher Zeugenbeweis durch die Schiffsmannſchaft anwendbar und deshalb vorzuziehen geweſen.[2])

---

[2]) In dem am 30ſten Sept. 1822. vom OAGerichte entſchiedenen Falle, Wibel, modo Tonnies c. Krahnſtöver et Pogge, (vergl. d. 4te Abhandl.) hatte das mit Heringen beladene, von Drontheim nach Roſtock beſtimmte Schiff, beim Auslaufen aus dem Hafen durch eine Strandung ſchwere Havarie erlitten, wodurch theilweiſe die Ladung beſchädigt worden war, es hatte aber, nach beſchaffter Reparatur, den anſcheinend unbeſchädigten Theil der Ladung wieder eingenommen, und nach Roſtock überbracht. Als ſich nun hier gleichwohl eine Beſchädigung an dem Heringe vorfand, welche die Sachverſtändigen eingedrungenem Seewaſſer zuſchrieben, die Aſſecuradeure aber, welche nur mit der Clauſel „frei von Beſchädigung außer im Strandungsfalle" gezeichnet hatten, die Vergütung dieſes Schadens unter andern auch um deshalb weigerten, weil er nicht Folge der früheren Strandung ſei, ſondern von einem ſie nicht treffenden anderweitigen Seeunfalle auf der ſpäteren Reiſe herrühren müſſe; und als hierüber bereits zwiſchen ihnen und den Ladungsintereſſenten, namentlich dem Schiffer ſelbſt, dem ein Theil der Ladung gehörte, Streit entſtanden war; ſo wurde nun, zur Widerlegung der Argumentation der Verſicherer, und um zu beweiſen, daß auch dieſer Schaden noch von der früheren Strandung herrühren müſſe, ſieben Monate nach der Ankunft des Schiffes in Roſtock, eine Verklarung belegt, worin bezeugt war, daß die letzte Reiſe ganz ohne Seeunfall abgelaufen ſei. Dieſe Verklarung verwarf aber das OAGericht gänzlich, weil ſie zu ſpät und mit Hinſicht

Wendet man nun dieſe Grundſätze auf die Nachverklarungen an, ſo finden ſie ſich weder in den Seerechten zugelaſſen, noch in der Praxis gebilligt, und in den Fällen, wo man einer näheren Aufklärung über die Vorfälle auf der Seereiſe bedarf, da iſt in der Regel die Form einer Nachverklarung hiezu nicht nothwendig. Denn das Unzulängliche der Hauptverklarung wird ſich nicht leicht anders herausſtellen, als wenn es bereits über diejenigen Punkte, worin ſie mangelhaft iſt, zu Conteſtationen oder wohl gar zu Prozeſſen gekommen iſt. Dann aber hindert auch nichts, die Intereſſenten oder deren Bevollmächtigte bei der Vernehmung der Leute zuzuziehen, und dieſe Vernehmung ſelbſt in der glaubwürdigeren Form eigentlicher Zeugenabhörungen zu veranſtalten.

§. 4.

Und ſollte auch noch kein Rechtsſtreit anhängig, oder derſelbe noch nicht bis in die Beweisinſtanz gediehen, gleichwohl wegen zu beſorgender Entfernung und Zerſtreuung der Leute deren ſchleunige Abhörung nothwendig ſein, ſo wird dieſelbe unter ſolchen Umſtänden zwar wohl vom Richter zu verſtatten, aber doch in der Form einer Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtniſſe, die hier füglich Anwendung finden kann, zu bewerkſtelligen ſein. Dieſe ſtrengeren Formen ſind denn auch um ſo nothwendiger, da es immer Verdacht erregen muß, wenn hinterdrein Zuſätze und Ergänzungen zur anfänglichen Verklarung, die geſetzlich alles Weſentliche bereits enthalten ſoll, an-

auf die Weigerung der Aſſecuradeure, den Schaden zu vergüten, aufgenommen ſei; unter ſolchen Umſtänden aber die große Begünſtigung, welche der Verklarung als Beweismittel beigelegt ſei, nicht zur Anwendung kommen könne. Es müſſe vielmehr nunmehr der erwähnte Umſtand durch förmliches Zeugenverhör oder andere Beweismittel dargethan werden.

Digitized by Google

geboten werden; und weil man jetzt mehrentheils nicht mehr der ganzen Mannſchaft habhaft werden kann[5]), ſonach den Abgang an der Zahl der Zeugen durch die größere Genauigkeit, mit welcher man ſie abhören läßt, erſetzen muß. Nur dann wird ausnahmsweiſe einer Nachverklarung Glauben zu ſchenken ſein, wenn dieſelben Gründe, weshalb man ſich überhaupt mit einer Verklarung begnügt, bei ihrer Aufnahme fortdauerten, wenn ſich mithin die Auslaſſungen in der Hauptverklarung bald nachher, und ohne daß es darüber mit den Intereſſenten ſchon zu Conteſtationen gekommen war, entdeckten, wenn ferner noch die ganze Mannſchaft, welche auch die Verklarung beſchworen hat, anweſend, und auch jetzt die Zuziehung der Intereſſenten nicht möglich iſt.

§. 5.

Wenn nun aber auch Nachverklarungen aus den bisher erörterte Gründen in der Regel für unſtatthaft gehalten werden müſſen, ſo ſteht doch auf der andern Seite der Führung eines beſſeren Beweiſes durch nochmalige Abhörung der Schiffsmannſchaft als förmlicher Zeugen kein haltbarer Grund entgegen. Zwar gehört die Schiffsmannſchaft, zumal inſofern ſie für die Rheder oder für den Schiffer ausſagen ſoll, zu den ſehr verdächtigen Zeugen; allein, wenn die abſolute Unmöglichkeit, über die Vorfälle auf der Reiſe andere Zeugen zu haben, es dahin gebracht hat, daß man ihnen in der Verklarung ſogar über dasjenige glaubt, was ſie zur Rechtfertigung ihres eigenen Verfahrens deponiren, ſo kann dieſes Verhältniß die Leute nicht zum Zeugniß unzuläſſig machen, obwohl es ſehr von der Beſchaffenheit der Umſtände, worüber ſie ausſagen ſollen, abhängen wird, welchen Grad von Glaubwürdigkeit man ihren

[5]) Vergl. das Archiv f. d. Handelsrecht. B. 2. S. 97, 8.

Depoſitionen beilegen ſoll. Auch das kann der Zulaſſung dieſer Zeugen nicht entgegen geſetzt werden, daß ſie in der Sache ſchon einmal eidlich abgehört worden ſind; denn eine wiederholte Abhörung derſelben Zeugen iſt alsdann unbedenklich ſtatthaft, wenn entweder das frühere Verhör nicht ordnungsmäßig, z. B. nur von einem Notarius, abgehalten iſt[4]), oder auch ſich Lücken und Dunkelheiten in den Ausſagen finden, die durch wiederholte Abhörung ausgefüllt oder aufgeklärt werden ſollen[5]). Ein Fall dieſer letzteren Art muß aber immer vorhanden ſein, wenn ein beſſerer Beweis durch Abhörung der Schiffsmannſchaft als Zeugen zugelaſſen werden ſoll, denn gegen die bereits eidlich beſtärkte Verklarung würde derſelbe nie zu geſtatten ſein.

§. 6.

Endlich ſteht dem auch das Verbot fernerer Zeugenabhörungen nach Eröffnung des Rotulus nicht im Wege, denn, obwohl der in den Geſetzen für dieſes Verbot angeführte Grund, die Beſorgniß von Subornationen der Zeugen[6]), auch da vollkommen eintritt, wo nur eine Verklarung vorangegangen iſt; ſo leidet doch ſchon nach gemeinem Rechte das ge-

---

[4]) Mevius in Decision P. 3. dec. 314. Faber in Cod. defin. forens. P. 4. tit. 15. def. 47. Struben rechtl. Bedenken Th. 5. Bed. 46. Cf. c. 48. X. de testibus (II, 20.)

[5]) c. 53. X. de testibus (II, 20.) Faber l. c. def. 2. Carpzov iurisprud. for. P. 1. const. 16. def. 30.

[6]) „quod suspicio sit, ne, si quid priores omiserint, idque per testimonia iam manifestum factum sit, ille non productionem testium, sed vel eorum, de quibus antea testimonium datum non fuit, additamentum, vel eorum, de quibus testimonium perhibitum est, emendationem desideret.“ Nov. 90. cap. 4. Clem. 2. de testibus (II, 8.)

Digitized by Google

dachte Verbot da eine Ausnahme, wo in den erſten Zeugenausſagen ſich Dunkelheiten befinden, welche durch die neue Abhörung gehoben werden ſollen[7]). Dazu kommt, daß ſich jene geſetzliche Vorſchrift auf Verklarungen ohne große Unbilligkeit nicht anwenden läßt, weil die Parteien, inſofern es nicht der Schiffer und ſeine Leute ſelbſt ſind, hier weder zu der Abhörung mitgewirkt, noch die Eröffnung der Verklarung, oder das ſofortige Bekanntwerden derſelben an alle Intereſſenten haben verhindern können. Endlich macht auch das canoniſche Recht von dem Verbote neuer Zeugenabhörungen nach Eröffnung des Rotulus dann eine Ausnahme, wenn der Product durch die Depoſitionen erſt die Punkte kennen gelernt hat, auf welche der Gegenbeweis zu richten iſt[8]); und muß das hier inſoweit eine analoge Anwendung finden, als Dritte, die bei der Abfaſſung der Verklarung nicht mitgewirkt haben, eine Vernehmung der Schiffsleute als Zeugen zur genaueren und vollſtändigeren Ausmittelung deſſen begehren, was in der Verklarung nur dunkel oder mangelhaft enthalten, oder darin wohl gar ganz übergangen iſt.

§. 7.

Dieſe Grundſätze hat denn auch das Oberappellationsge-

---

[7]) c. 53. cit. Pufendorf observat. Tom. 2. obs. 109. Decision. Hasso-Casselan. Tom. 1. dec. 80. nr. 1 et 7. Auch verbietet das Recht ja nach eröffnetem Rotulus nur die Abhörung derſelben, oder neuer Zeugen über dieſelben, oder dieſen ſtracks entgegen laufende Artikel. c. 17, et 25. X. eod. Clem. 2. cit. Hamburg. Statut. I. 32. Art. 7. Am wenigſten kann dieſes Bedenken in Hamburg eintreten, wenn die Zeugenabhörung in der Appellationsinſtanz begehrt wird, da hier die gedachte Vorſchrift ganz ceſſirt. Hamburg. Statut. I. 37, Art. 7.

[8]) c. 35. X. eod.

Digitized by Google

richt bereits bei mehreren Entscheidungen befolgt. In der in der dritten Abhandlung erwähnten Rechtssache, Hockmeyer et Consorten c. Gayen kam es darauf an, ob das Schiff gestoßen habe, und ging aus der Verklarung weder dieses noch auch das Gegentheil mit Bestimmtheit hervor. Der Dispacheur nahm an, das Schiff habe nicht gestoßen, und billigte daher dem Rheder von den mehrsten Versicherern, nach Maaßgabe einer in deren Plänen enthaltenen Clausel, nur die Hälfte des Schadens zu. Nun ließ Letzterer elf Tage nach Abfassung der Dispache von dem Zimmermanne, dem Koche und einem Lootsen eine Nachverklarung belegen, worin ein viermaliges Stoßen des Schiffes auf der Elbe bezeugt wurde. Diese Nachverklarung wurde aber durch zwei conforme Entscheidungen des hamburgischen Handelsgerichts und des dortigen Obergerichts rechtkräftig, und gewiß mit vollem Rechte verworfen; dagegen aber ein von dem versicherten Rheder mittelst Abhörung der Mannschaft und des Lootsen angebotener besserer Beweis vom Oberappellationsgerichte annoch zugelassen. Auf gleiche Weise wurde es am 26sten April 1823. J. S. des Schiffers Hansen c. zwei lübische Assecuranz-Compagnien dem klagenden Schiffer gestattet, den mangelhaften Beweis aus der Verklarung durch die Abhörung der Schiffsleute als förmlicher Zeugen zu ergänzen.

Digitized by Google

VII.

Von Urkunden mit Interlineaturen und Zusätzen am Rande.

§. 1.

In der Notar-Ordn. v. J. 1512. findet sich bei Gelegenheit der schriftlichen Abfassung solcher Verträge, zu deren Substanz eine Scriptur gehört, die Vorschrift:

> . . . . „So die Schrifft vollkommen und erfüllt ist, so mag alsdann nichts mehr hinzu gesetzt, davon gethan oder geändert werden, obgleich die Partheien das verwilligten.“ [1])

Hiemit soll es gewiß nicht den Parteien untersagt sein, einen solchen Vertrag zu verändern oder zu modificiren, sondern die Verordnung will es nur nicht gestatten, daß eine Veränderung der Art in der einmal ausgefertigten Urkunde selbst vorgenommen werde, was, da hier von dem Rechtsbestande der Urkunde der Rechtsbestand des ganzen Geschäfts abhängt, sehr zweckmäßig so verordnet ist. Allgemein aber wird es in einer andern Stelle den Notarien eingeschärft:

> „Die Notarien sollen auch Aufsehen haben, wenn sie in Extendirung der Instrumenten radirten, sonderlich mercklich und an verdächtlichen Orten, in einer oder mehr Zeilen, oder zwischen der Linien, oder auf das spatium heraus etwas setzen, davor sie sich, soviel müglich, hüten

[1]) Not. Ordn. v. J. 1512. §. 11. a. E.

sollen, daß sie alsdann im Instrument oder ihrer Subscription davon Meldung und Befestigung thun, und sonderlich wann solche Interlineatur oder Schrifft in spatio nicht von der Hand, die solch Instrument ingrossirt, geschehe." [2])

§. 2.

Wird nun aber der Zusatz am Rande oder zwischen den Zeilen nicht auf die gedachte Weise beglaubigt, und wird er nicht durch solche Beglaubigung zu einem integrirenden Theile der Urkunde und ihm dadurch die gleiche Beweiskraft wie dieser beigelegt, so fehlt es in dem Gesetze selbst an einer Bestimmung über die rechtlichen Folgen, welche diese Unterlassung mit sich führen soll. Da jedoch die Vorschrift nicht prohibitiver, sondern nur präceptiver Natur ist, so kann bei einer Vernachlässigung derselben der nachgetragene Zusatz nicht unbedingt für nichtig angesehen werden, sondern es wird hiebei auf die näheren Umstände ankommen, und ein solcher Fall ganz nach allgemeineren rechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen sein. Ergeben sich nun die zwischengeschriebenen oder am Rande nachgetragenen Worte dem Zusammenhange der Urkun-

---

[2]) Not. Ordn. v. J. 1512. §. 18. Im Wesentlichen stimmt hiemit die hamburg. Notariats-Ordn. v. 18ten Dec. 1815. §. 8. lit. d. überein, wo es heißt: „Im Texte der von den Parteien und Notarien unterschriebenen Acte dürfen überall keine Rasuren, Ueberschreibungen und Abbreviaturen Statt haben; auch dürfen keine Durchstreichungen oder sonstige Aenderungen geschehen, wenn solches nicht am Rande deutlich bemerkt, und diese Bemerkung von sämmtlichen Partheien und Notarien oder Zeugen wenigstens durch die Anfangsbuchstaben ihres Zunamens unterzeichnet ist . . .;" so wie die brem. Notar. Ordn. vom 9ten Nov. 1820. §. 19 — 21.

Digitized by Google

de nach als nothwendig, so kann es keinem Bedenken unterliegen, sie eben so gültig als die übrige Urkunde zu erachten; denn selbst, wenn solche Worte gänglich fehlten, würde es dem Rechtsbestande des Geschäftes keinen Eintrag thun[3]). Ist dieses aber nicht der Fall, so kann der Zusatz oder die Interlineatur nicht schon an sich als ein integrirender Theil der Urkunde angesehen werden, weil es immer als etwas Ungewöhnliches und Unregelmäßiges erscheint, eine Scriptur in dieser Maaße aufzusetzen, und deshalb in der Form der Urkunde selbst kein Beweis dafür liegt, daß der oder die Aussteller auch jene unförmliche Einschiebsel gewollt haben. Hat daher die Interlineatur weiter nichts für sich, und existiren wohl gar bestimmte Gründe gegen die Aechtheit derselben, unterscheidet sie sich namentlich von dem übrigen Theile der Urkunde durch die Schriftzüge oder die Farbe der Dinte, so kann sie als nicht vorhanden angesehen werden[4]). Ganz besonders aber

---

[3]) l. 1. §. 5. D. de hered. instit. (28, 5.); l. 7. C. de testamentis (6, 23.); l. 10. C. de fideicomm. (6, 42.); coll. l. 92. D. de R. I. (50, 17).

[4]) Claproth vom ordentl. Proz. Th. 2. §. 234. (v. Trütschler) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze Th. 1. S. 111. — Die brem. Notar. Ordn. v. 9ten Nov. 1820. macht dieses bei Notariatsurkunden zur Regel, indem sie im §. 22 vorschreibt: „Randbemerkungen und Zusätze, die nicht auf die vorgeschriebene Weise genehmigt sind (vergl. Note 2. a. E.), werden als nicht vorhanden betrachtet, und das etwa Durchgestrichene, so wie der übrige Inhalt der Urkunde, behält seine Gültigkeit." Diese für Notariatsurkunden, deren Glaubwürdigkeit zu erhalten man billig mehr, als gewöhnlich geschieht, besorgt sein sollte, nicht unangemessene Strenge dürfte übrigens bei bloßen Privaturkunden nicht in gleicher Maaße anzuwenden sein. Nach englischem Rechte macht eine Interlineatur, die eine

kann die Interlineatur durch sich selbst keinen vollen Beweis liefern, wenn es auf das Datum der Disposition ankommt; denn da hier jedenfalls so viel klar ist, daß sie nachgetragen wurde, so fehlt es nun an jeder sichern Vermuthung darüber, wann dieses geschehen ist. Ergiebt sich übrigens aus andern Gründen die Aechtheit, und wo es darauf ankommt, die Zeitigkeit des Zusatzes, so muß demselben unbedenklich die gleiche Kraft, wie dem übrigen Theile der Urkunde beigelegt werden.

§. 3.

Wird nun in einem Rechtsstreite eine Urkunde producirt, die einen Zusatz am Rande oder zwischen den Zeilen hat, welcher sich nicht aus dem Zusammenhange der Urkunde selbst als nothwendig oder auf der andern Seite sofort als verwerflich darstellt, so muß nach gemeinem Rechte, wenn die Aechtheit desselben in Zweifel gezogen wird, darüber eine Beweisauflage gemacht werden. Fragt man nun, wen hiebei die Beweislast treffe, so müssen hierüber wieder die allgemeinen processualischen Grundsätze entscheiden, und dürfte daher die Regulirung der Beweislast zwar vor allen Dingen sich nach der größeren oder geringeren äußeren und inneren Wahrscheinlichkeit für oder wider die Aechtheit des Zusatzes bestimmen. Wenn aber diese Wahrscheinlichkeitsgründe auf keiner Seite ein entscheidendes Uebergewicht geben, so sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden. Der erste Hauptfall ist der, wo die Partei ihr Recht, sei es das Klagerecht oder eine Einrede auf die Urkunde über-

---

Schuldverschreibung in einem wesentlichen Stücke alterirt, die ganze Urkunde nichtig, wenn diese Aenderung bei der Unterschrift oder Attestation nicht besonders bemerkt ist. Beawes lex mercatoria tit. of contracts pag. 409. ed. 2. Blackstone commentar. b. 2. ch. 20. nr. III. ed. 15. pag. 308. ibique et not. 5.

Digitized by Google

haupt und namentlich auf dasjenige gründet, was in der Interlineatur enthalten ist. Dann trifft unbedenklich sie die Beweislast, denn hier hält sich der Gegner ganz in den Gränzen einer negativen Einlassung; und so wie der Beweisführer überhaupt die abgeleugnete, nicht schon anderswoher nachgewiesene Aechtheit einer Urkunde darzuthun hat, so liegt es ihm in jenem Falle auch ob, die bestrittene Aechtheit des Zusatzes, der, wenn auch die Aechtheit der Urkunde im Uebrigen dargethan oder eingeräumt sein sollte, daraus noch nicht hervorgeht, zu erweisen. —

§. 4.

Am 20sten und 26sten July 1811. übernahm der Schiffer Hoyer in Bremen die Bürgschaft für zwei von seinem Schwager ausgestellte Obligationen, jede von 1000 Rthlr. Die Bürgschaftsverpflichtungen waren unter die Schuldverschreibung gesetzt, und von einem Notar, der auch die Unterschrift des Bürgen beglaubigt hatte, geschrieben, in beiden Acten aber war die Clausel „bei Verband meiner Haabe und Güter" anscheinend von derselben Hand über der Linie befindlich, und nur durch Einschließungszeichen mit derselben verbunden, ohne daß gleichwohl dieser Interlineatur bei der Beglaubigung besonders gedacht wurde. Am 20sten August 1811. wurde das französische Recht in den hanseatischen Departements eingeführt, und konnten nach diesem solche generelle Hypotheken nicht mehr constituirt, wohl aber zufolge einer transitorischen Verordnung ältere der Art durch eine, innerhalb einer bestimmten Frist genommene, Inscription erhalten werden. Diese Form beobachtete der Gläubiger gehörig. Als aber der Bürge im Jahre 1820. fallirte, und sich nun noch eine Gläubigerin mit einer Hypothek vom Jahre 1812 meldete, die dem erstgedachten Gläubiger den Vorrang deshalb streitig

Digitized by Google

machte, weil er die ihm gewordene Bestellung einer Hypothek vor der französischen Zeit durch die, der Urkunde eingefügte, Interlineatur nicht beweisen könne, so legte das Oberappellationsgericht am 10ten Dec. 1823 diesem den Beweis auf; daß die in den Bürgschaftsacten des Cridars vom 20sten und 26sten Julius 1811 zwischengeschriebene hypothecarische Clausel unter Zustimmung des Cridars noch vor dem 20sten August 1811, dem Tage der Einführung des französischen Rechts, eingetragen worden sei.

§. 5.

Der zweite Hauptfall ist der, wenn Jemand seine Ansprüche auf die Unächtheit des Zusatzes gründet. Dieser Fall kann wieder auf doppelte Weise vorkommen, entweder so daß dieses einem Dritten gegenüber geschieht, der dabei gar kein Interesse hat, ob der Zusatz ächt oder unächt ist, oder so, daß die Gegenpartei ihrerseits die Aechtheit des Zusatzes geltend macht und daraus Rechte herleitet. In jenem Falle muß ohne Zweifel die Partei, welche die Unächtheit der am Rande oder zwischen den Linien nachgeschriebenen Worte behauptet, diese ihre Behauptung erweisen; denn es gehört das nicht bloß zum Fundament der Klage oder Einrede, und hat die Unächtheit des Zusatzes eben so wenig die Vermuthung für sich als die Aechtheit, sondern es kann auch dem Dritten nicht zugemuthet werden, hier statt des eigentlichen andern Interessenten und auf eine für denselben nicht einmal verbindliche Weise die Sache ins Klare zu stellen.

§. 6.

So wurde vom OAGerichte am 31sten Oct. 1825 J. S. Bäckmann c. Herrmann Lampe entschieden. Der Fall war hiebei folgender: die Eheleute Wessels hatten im Jahre 1805 mit ihrem Schwiegersohne Herrmann Lampe

einen Erbvertrag errichtet, wodurch derselbe zum Anerben ihrer Meyerstelle und ihres gesamten Allodii constituirt, und dagegen mit mehreren Vermächtnissen beschwert wurde. Namentlich war eine, von ihrem älterlichen Vermögen gänzlich abgefundene Stieftochter des Wessels vorhanden, die zweimal, zuerst an Albert Dahlfuss und dann an Christoph Lampe verheirathet gewesen war, aus welchen beiden Ehen Kinder am Leben waren. Nun lautete das eine Vermächtniß zu Gunsten von „weiland Albert Dahlfuss (und Christoph Lampe) sämtlicher Kinder," doch standen die hier eingeschlossenen Worte „und Christoph Lampe" über der Linie, und waren von dem Notar nicht speciell beglaubigt. Die Geschwister Dahlfuss klagten nun gegen den Vertragserben auf Auszahlung des ganzen Vermächtnisses, indem sie die Interlineatur wenigstens so lange als nicht geschrieben angesehen wissen wollten, bis der Beklagte die Aechtheit derselben dargethan haben werde. Dieser aber, welcher, wenn er den Rechtsbestand des Erbvertrages anerkannt hätte, leicht im Stande gewesen sein würde, aller Verlegenheit durch Bezahlung des Vermächtnisses in das gerichtliche Depositum oder durch Auszahlung desselben an die klagenden Legatare gegen Caution, ihn wider die Ansprüche des anderen Prätendenten zu vertreten [5]), zu entgehen, verlangte dagegen jetzt, wo er die Gültigkeit des Erbvertrages aus hier nicht weiter interessirenden Gründen bestritt, und es ihm daher darauf ankam, den Rechtsstreit nur mit einem gehörig legitimirten Gegner durchzuführen, daß die Kläger sich zuvörderst durch Darlegung der Unächtheit der Interlineatur als die alleinigen Legatare legi-

[5]) l. 8. §. 3. D. de legatis II. (31). Vergl. Abhandl. 14. §. 9 — 11.

Digitized by Google

timiren sollten; und diesem Verlangen wurde nach den oben angegebenen Grundsätzen in allen Instanzen entsprochen.

§. 7.

Zweifelhafter ist der Fall, wenn der Kläger sich zur Begründung seines Klagerechts auf den übrigen Inhalt der Urkunde beruft und dabei den Zusatz als ungültig auf die Seite schiebt, der Beklagte dagegen auf die Aechtheit desselben eine Einrede gründet; z. B. wenn der in einer Interlineatur berufene Collegatar sich im Besitz der vermachten Sache befindet, und der im eigentlichen Contexte des letzten Willens eingesetzte Legatar ihn jetzt auf Herausgabe der ganzen Sache belangte. Hier ließe sich dafür, dem Beklagten den Beweis der Aechtheit des Zusatzes aufzuerlegen, nicht ohne Schein anführen, daß ein solcher Zusatz durch die Urkunde selbst an sich nicht erwiesen wird, und der Kläger eigentlich nur anticipirend die Aechtheit desselben in Abrede stellt, während es zur Begründung seiner Klage genügen dürfte, daß er sich auf den jedenfalls ächten Theil der Urkunde stützt; auch würde dem Kläger im Beweise der Unächtheit des Zusatzes der Beweis einer Negative auferlegt werden. Allein der letztere Umstand, dem im Allgemeinen wohl ein größerer Einfluß auf die Bestimmung der Beweislast einzuräumen sein möchte, als ihm jetzt gewöhnlich eingeräumt wird, kann hier um deshalb nicht in Betracht kommen, weil es nur auf die Nachweisung ankommt, daß der Zusatz zur Zeit der Vollziehung der Urkunde nicht beigefügt worden ist, was sich in der Regel eben so leicht als das positive Gegentheil hievon darthun läßt, und deshalb von dem erwiesen werden muß, den nach dem allgemeinen Prinzip die Beweislast trifft; und, wenn der Beklagte sich darauf berufen wollte, daß der Zusatz erst zu einer späteren Zeit mit Bewilligung der Interessenten nachgetragen wor-

den sei, dieses als ein besonderes, das frühere theilweise wieder aufhebende Rechtsgeschäft von ihm erwiesen werden müßte. Eben so wenig aber kann der erstere Grund anders für entscheidend geachtet werden, als wenn noch erhebliche Momente gegen die Aechtheit der Interlineatur hinzukommen, z. B. dieselbe von einer anderen Hand mit anderer Dinte geschrieben ist u. dgl. m. Ist aber dieses nicht der Fall, so kann der Kläger den einmal vorhandenen, nach dem gemeinen Rechte keinesweges als nicht geschrieben anzusehenden, Zusatz nicht so behandeln, als wenn er gar nicht da stände; sondern er muß vermöge seiner Parteirolle die Ungewißheit, welche über der Aechtheit desselben obschwebt, entfernen, wenn er nicht die für solchen Fall geltende Regel zur Anwendung kommen lassen will, daß actore non probante, qui convenitur, obtinebit.*)

*) l. 4. C. de edendo (2, 1.)

VIII.

Beweiskraft einer Urkunde gegen den Producenten.

§. 1.

Es ist eine sehr gewöhnliche Lehre, daß derjenige, welcher in einem Rechtsstreite eine Urkunde zum Beweise producirt, nun auch gegen die Glaubwürdigkeit derselben keine Einwendungen machen könne, sie ihrem ganzen Inhalte nach gegen sich gelten lassen müsse, und daß die Regel, eine Privaturkunde beweise nicht für den Aussteller, doch in dem Falle eine Ausnahme leide, wenn der Gegner sie selbst producirt[1]). Einige,

[1]) Mevius Decision. P. VII. dec. 346 et 347. Voet commentar. ad Pand. lib. 22. tit. 4. §. 18. Wernher lectissimae comment. Tom. 2. pag. 170. Leyser medit. ad ff. spec. 263. med. 5. v. Kreitmayr Anmerkungen zum Codex iur. Bavarici iudiciarii Kap. 11. §. 5. nr. 9. coll. nr. 6. pag. 390 und 388. d. Ausg. in 8vo. Ludovici Einleit. in den Civil-Prozeß Kap. 17. §. 11. Hofacker principia iuris Tom. 3. §. 4459 in fin. Danz Einleit. in den ordentl Proz. Ausg. v. Gönner, §. 327. Thibaut System d. Pandekten B. 3. §. 1176. Martin Lehrbuch d. Civil-Proz. §. 195 a. E. und Not. c. Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahrens §. 194 a. E. und Not. 1. Gönner Handbuch des Proz. B. 2. Abhdl. 39. §. 8. u. Abhdl. 40. §. 10. Gensler im Archiv f. d. civil. Praxis B. 2. S. 3. a. E. Schnell Anmerk. z. Gesetzb. üb. d. gerichtl. Verfahren in Civil-Rechtssachen f. Bern S. 225, 6.

wie Danz und Gönner, leiten dieses aus dem „gesetzlichen Axiom", daß „documenta et testes per productionem fiunt communia" ab; die Mehrsten aber berufen sich hiebei auf eine Reihe von Gesetzen, worin jener Grundsatz direct oder indirect ausgesprochen sei[2]), noch Andere endlich auf die Analogie dessen, was über die Wirkung der Production eines Zeugen vorgeschrieben ist[3]). Nur darüber sind die Meinungen getheilt, ob nicht der Producent jener nachtheiligen Folge dadurch begegnen könne, daß er gleich bei der Production der Urkunde wider einzelne Contenta derselben protestirt; indem Einige, z. B. Leyser und Grolman solche Protestation für ganz wirkungslos achten, Andere aber, namentlich Mevius und Wernher, unterscheiden, ob das, wogegen man im Inhalte der Urkunde protestirt, nicht wesentlich mit demjenigen, wozu man sie benutzen will, zusammenhängt — und dann die Protestation für wirksam halten —, oder, ob der abgelehnte Theil der Urkunde dasselbe Geschäft betrifft, zu dessen Beweise der Producent sich auf die Urkunde

[2]) l. 24, 26. D. de pecunia constituta (13, 5); l. 26. §. ult. D. depositi (16, 3); Nov. 49. cap. 2. §. 1; Auth. ad haec post l. 20. C. de fide instrumentor. (4, 21); c. 19. in fin. X. de censibus (3, 39).

[3]) l. 17. C. de testibus (4, 20). Diese Analogie macht namentlich Schnell (a. d. Not. 1. angef. O.) geltend, indem er z. B. in dem Falle, wenn der Kläger eine Forderung von 500 Fl. durch einen Brief beweisen will, in welchem ihm der Beklagte geschrieben, daß er ihm 200 Fl. an der Schuldsumme der 500 Fl. bezahlt habe, dem Kläger nicht gestatten will, das eine dieser Vorgeben von dem andern zu trennen, sondern ihn für verpflichtet achtet, den Brief seinem ganzen Inhalte nach als wahr anzuerkennen, auf gleiche Weise, wie die Aussage eines von ihm aufgeführten Zeugen. — S. dawider unten §. 7—10.

Digitized by Google

bezieht, — in welchem Falle die Protestation nicht zu beachten sei[4]). — Eine genauere Untersuchung darüber, in wie weit jener Grundsatz in den Gesetzen oder in der Natur der Sache begründet und als richtig anzunehmen sei, dürfte nun aber bei der unverkennbaren practischen Wichtigkeit der Sache nicht überflüssig erscheinen[5]).

§. 2.

Ehe aber auf die Erörterung der Sache selbst eingegangen wird, sei es, um sofort darauf aufmerksam zu machen, welche Anwendungen wohl von jener Regel versucht worden sind, erlaubt, einen hierher gehörigen Fall zu erwähnen. Zwei Fuhrleute hatten den Transport einer Quantität Waaren, die in dem Lande A. mit einer sehr hohen Verbrauchssteuer belegt waren, übernommen, und bei ihrem Eintritte in jenes Land, Frachtbriefe auf das Land B. vorgezeigt, und die Güter bloß zum Transito durch das Land A. declarirt, nachher aber doch dieselben auf andere Frachtbriefe im Lande A. abgeliefert. Die Sache wurde aber entdeckt, und obwohl sie sich von dem Verdachte absichtlicher Zolldefraudation reinigten, so mußten sie doch zur Strafe die ganze sehr beträchtliche Verbrauchssteuer von jenen Gütern bezahlen. Die Empfänger dieser Güter waren aber unterdessen insolvent geworden, und so sahen die Fuhrleute sich veranlaßt, wegen der gezahlten Summe ihren Regreß an die Ablader zu nehmen, indem sie

[4]) arg. l. 16. D. de administr. et periculo tutor. (26, 7); l. 39. §. 1. D. de operis libertor. (38, 1); Cf. et l. 11. D. de negotiis gestis (3, 5).

[5]) Eine Untersuchung der Art, die in manchen wesentlichen Punkten mit dem Resultate der gegenwärtigen Abhandlung übereinstimmt; aber sich nicht auf alle hier einschlagenden Punkte erstreckt, findet sich in v. Bülow Abhandl. B. 2. nr. 32. S. 269 — 275.

Digitized by Google

ihre Klage darauf gründeten, daß ihnen die Waaren ursprünglich bloß zum Transporte nach dem Lande B. verdungen, demnächst aber von den Abladern die Frachtbriefe im Lande A. gegen andere auf dort wohnhafte Empfänger umgetauscht, und dabei die Gefahren solcher Umtauschung übernommen worden seien. Die Beklagten aber, welche sich zu dem geforderten Ersatze nicht verpflichtet achteten, weil es, ihrer Behauptung nach, gleich anfangs mit den Klägern verabredet worden sei, daß die Waaren, und zwar auf die eigene Gefahr der Kläger, von diesen in das Land A. eingesmuggelt werden sollten, setzten vor der gerichtlichen Beantwortung der Klage eine Darstellung der Verhältnisse auf, worin sie diese zuletzt erwähnten Thatsachen anführten, dieselben näher entwickelten, und daraus den Ungrund der gegen sie erhobenen Ansprüche, wie in einer wahren Exceptionsschrift, deducirten. Diese Schrift stellten sie den Klägern außergerichtlich zu; es ließen sich aber dieselben dadurch von der Fortsetzung des Rechtsstreits nicht abhalten; und wurde im Verlaufe desselben den Klägern in der Hauptsache der Beweis auferlegt, daß die Waaren ihnen ursprünglich zum Transporte nach dem Lande B. verdungen, und die Bestimmung derselben erst während des Transito durch das Land A. von den Abladern geändert, auch von denselben das mit dieser Aenderung verknüpfte Risiko übernommen worden sei. Daneben aber wurde von dem Einen der Kläger die Nachweisung verlangt, daß er den Frachtcontract mit abgeschlossen habe. Um nun diese letztere Nachweisung zu liefern, producirten die Kläger den erwähnten, ihnen von den Beklagten mitgetheilten, schriftlichen Aufsatz, worin dieser Umstand von denselben eingeräumt war, bemerkten aber dabei ausdrücklich, der übrige Inhalt dieser Schrift könne, als ein einseitiges Anführen der Beklagten, zu ihrem

Digitized by Google

eigenen Gunsten, nicht in Betracht kommen. Gleichwohl wurde es nun doch gegen die Kläger geltend gemacht, daß sie die Urkunde als Beweismittel producirt hätten, und daraus die Folge abgeleitet, daß sie deren ganzen Inhalt gegen sich gelten lassen müßten, und mithin den Gegenbeweis wider sich selbst geführt hätten.

§. 3.

Es muß nun aber doch hiebei sofort stutzig machen, daß, während man sonst in einer Parteischrift Geständnisse und der Partei vortheilhafte Behauptungen unterscheidet, und es unbedenklich dem Gegner gestattet, erstere anzunehmen, letztere aber als wahrheitswidrig zu bestreiten, nunmehr ihm diese Befugniß entzogen werden soll, bloß weil er solche Schrift seines Widersachers, obwohl bloß zum Beweise eines von den Beklagten darin eingestandenen Nebenpunktes und unter ausdrücklichem Widerspruch gegen deren weitere Anführungen darin, zu den Akten gebracht hatte. Wäre dieses zu billigen, so müßte ja auch consequenter Weise derjenige, welcher z. B. in einem Assecuranzprozesse Untersuchungsakten beibringt, alle Aussagen der Abgehörten gegen sich als wahr gelten lassen; und der, welcher auf die Adjunction anderer Akten angetragen hat, Alles als richtig anerkennen, was der Gegner darin zu seinen Gunsten zu finden vermöchte, wenn er auch an jenem Rechtsstreite selbst Theil genommen, und in demselben solche Thatsachen bestritten haben sollte. Denn das konnte doch unmöglich einen Unterschied machen, ob die Partei selbst, oder ob der Richter auf ihr Begehren Documente den Akten beigelegt hat. Solche Consequenzen müssen zu einer strengen Prüfung des Grundsatzes, woraus sie abgeleitet werden, auffordern.

§. 4.

Bei der Erforschung der wahren und richtigen Bedeutung

Digitized by Google

des Satzes, daß eine Urkunde gegen den Producenten beweist, läßt sich nun aber von dem belobten Axiom, „documenta et testes per productionem fiunt communia“ gar kein Gebrauch machen. Denn dieses findet sich, wenn man zuvörderst bloß auf das gemeine Recht sieht, auf solche Weise nirgends in den Gesetzen vorgeschrieben, sondern es ist nur eine von der Doctrin zur kurzen Bezeichnung gewisser Prinzipe gebildete Rechtsregel, woraus man keinen Rechtssatz ableiten kann, sondern die, gleich allen andern solchen Formeln, womit man namentlich die Prozeßtheorie so reichlich beschenkt hat, aus dem bestehenden Rechte zu erläutern ist, und zu keinen Folgerungen berechtigt, welche nicht schon anderswoher als richtig nachgewiesen werden können[6]). In einigen neueren Prozeßordnungen findet sich nun freilich die Regel aufgestellt, daß eine Urkunde dadurch, daß der Beweisführer sie im Gerichte übergiebt, gemeinschaftlich werde[7]), oder, wie es auch

---

[6]) l. 1. D. de R. I.: „Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat; non ut ex regula ius snmatur, sed ex iure, quod est, regula fiat . . . .“

[7]) z. B. in d. Gerichtsordn. d. fr. Hanseſtadt Bremen v. J. 1814. §. 291; v. J. 1820. §. 178. In den Statut. Bononiens. a. 1454. Rubr. 43. §. 2. findet sich bereits die eigenthümliche Vorschrift von den Büchern und Schriften der Handelsleute, Wechsler, Künstler und Anderer: „Et si quis uti vellet, et uteretur tali Scriptura, vel Libro et ipsum, vel ipsam produceret contra ipsum Scribentem, vel eius Haeredes, in quo vel qua aliquid scriptum esset, quod in ipsius Scribentis favorem, vel sui Haeredis faceret, contra eum, qui sic uteretur, inter ipsas Personas, et quoad eas tantum dicto Libro, et Scripturae pro utraque Parte credatur, et stetur, quatenus concurreret cum quantitate petita, etiamsi tale Scriptum cancellatum esset, et ultra non credatur, nec

Digitized by Google

wohl ausgedrückt wird, daß der Beweisführer dieses Beweismittel ohne Einwilligung des Gegners nicht wieder fallen lassen dürfe, so wie er es einmal dem Gerichte vorgelegt habe[8]); allein diese Vorschriften sind an und für sich viel zu vag und unbestimmt, als daß sie allein aus sich selbst genügend erklärt werden könnten, auch sind sie offenbar aus der Doctrin entlehnt, mithin aus dieser ihrer Quelle zu erläutern, und daher nur in demselben Umfange und mit denselben Einschränkungen zu verstehen, womit der Satz nach dem gemeinen Rechte, woraus ihn die Wissenschaft abgeleitet hat, verstanden werden muß. Es ist mithin auf die Erörterung der hierher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen des gemeinen Rechtes einzugehen.

§. 5.

Bei diesen liegt nun aber unverkennbar das leitende Prinzip zum Grunde, daß es Niemandem zu gestatten sei, Dinge, die mit eigenen früheren Handlungen und Anträgen im Widerspruche stehen, zu verlangen oder geltend zu machen[9]).

---

stetur, salvis casibus, in quibus per nostra Statuta quomodocunque aliter disponitur.“ S. v. Martens v. Ursprunge des Wechselrechts S. 57. Im Cod. iur. Bavarici iudiciarii a. 1753. Kap. 11. §. 5. nr. 9. ist verordnet: „Kann auch dasjenige, was Originali vel Copia schon einmal bei Gericht zum Beweis übergeben worden, von dem Producenten ohne Bewilligung des Gegentheils nicht wiederum zurück genommen werden, sondern dient auch diesem, wenn es anders Documentum connexum ist, allenfalls zur Gegenprob, ohngeachtet die Production mit der ausdrücklichen Protestation, daß sich solche auf widrige Passus nicht erstrecken sollte, geschehen ist.

[8]) Berner Civil-Ger. Ordn. v. J. 1821. Satz 179.

[9]) l. 25. pr. D. de adoption. (1, 7.); l. 32. pr. §. 1. D. de

Nach diesem Grundsatze schreibt die Nov. 49. cap. 2. §. 1. und die daraus entlehnte Authentica bei Gelegenheit der Schriftvergleichung vor, daß eine Partei, welche eine Urkunde producirt und sie als von Jemandem ausgestellt geltend gemacht hat, nicht hinterher, wenn der Gegner sich derselben zur Schriftvergleichung bedienen will, ihre Aechtheit bestreiten könne. Cui enim — heißt es hier in der deutlichern und richtigern hombergkischen Uebersetzung — ipse fidem habet quodque protulit, et ex quo iura sua fluunt, id non calumnietur, neque comparationem literarum cum illo fieri prohibeat, quamvis privata scriptura sit. Neque enim ipse secum pugnabit, et quae affirmat calumniabitur[10]). Wer mithin selbst eine Urkunde als ächt producirt, dem soll es hinterher nicht gestattet sein, sie als unächt zu bestreiten; versteht sich, wenn nicht etwa besondere Rechtsgründe, z. B. Irrthum, Argliſt u. dgl. m. um Letzteres ausnahmsweise zuzulassen, vorhanden sind.

§. 6.

Aus dieser Vorschrift, daß der Producent einer Urkunde dieselbe als ächt gegen sich gelten lassen muß, folgt nun aber keineswegs, daß er auch den ganzen Inhalt derselben gegen sich anerkennen müsse. Das ist in der Novelle mit keiner Sylbe gesagt, und aus dem oben aufgestellten, der Vorschrift der Novelle zum Grunde liegenden Prinzipe läßt sich hinsichtlich des Inhalts der Urkunde nur die doppelte Folge ableiten,

---

inofficioso testamento (5, 2); l. 49. D. mandati (17, 1); l. 4. C. de pactis inter emptor. (4, 54); c. 38. de R. I. in 6to (5, 13).

10) oder, wie die Schlußworte im griechischen Text lauten: „ὁ γὰρ ἂν αὐτὸς ἑαυτῷ πολεμοίη καὶ ἅπερ ἰχυρίζεται, ταῦτα διαβαλλόι.“

daß der Producent denjenigen Inhalt der Urkunde, der, ihre Aechtheit vorausgesetzt, zugleich auch als verbindlich für ihn zu achten ist, und daß er dasjenige, was er aus derselben für sich angeführt hat, auch unbedingt gegen sich gelten lassen muß. Daß er aber auch den übrigen Inhalt der Urkunde als gegen sich beweisend anerkennen müsse, das läßt sich aus jenem Prinzipe durchaus nicht ableiten. Denn eine Urkunde kann in einigen Stücken glaubhaft, in andern unglaubwürdig sein; wie namentlich in der eigenen Urkunde Alles, was dem Aussteller nachtheilig ist, als gültiges Geständniß besteht, das demselben Vortheilhafte hingegen an sich als bloße Behauptung angesehen und ohne anderweiten Beweis und ohne andere unterstützende Momente keinesweges als richtig angenommen wird.

§. 7.

Nun lassen sich freilich Umstände denken, welche die Sache verändern, und entweder bewirken, daß der vom Producenten verworfene Inhalt der vom Producten ausgestellten Urkunde gegen ihn, den Producenten, als wahr angenommen, oder aber, daß der von ihm aus dem gebilligten Theile der Urkunde abgeleitete Beweis als ungenügend erachtet werden muß. Ersteres wird nämlich dann der Fall sein, wenn dasjenige, was die Urkunde zu Gunsten des Ausstellers enthält, durch andere adminicula unterstützt wird, z. B. wenn der Gegner die Urkunde ohne Widerspruch angenommen hat, wenn ihr Inhalt auch in diesem Stücke wahrscheinlich, oder wenn sonstige Umstände vorhanden sind, unter denen auch anderweitig eine Privatscriptur für den Aussteller beweist [11]). Und von dieser Seite her kann die Production der Urkunde, oder richtiger der Umstand, daß der Producent sich auf Contenta

[11]) Vergl. Martin a. a. O. §. 195.

derselben zum Beweise beruft[12]), es bewirken, daß nun auch der Product den übrigen Inhalt derselben für sich geltend machen darf, indem letzterer durch das, was der Producent daraus benutzt und als richtig anerkannt hat, so unterstützt und so wahrscheinlich gemacht wird, daß es ohne weiteren Beweis als dargethan anzunehmen ist. Dieses, aber mehr nicht, ergiebt sich aus der für die gewöhnliche Meinung in dieser Lehre in Bezug genommenen l. 26. §. 2. D. depositi. Das Gesetz enthält folgenden Fall: Titius bekennt in einem Briefe an die Sempronii, er habe von ihnen verschiedene Gegenstände, und darunter einen versiegelten Beutel, woraus sie ihm 10 schuldig seien, in deposito. Durch diesen Brief wird nun nach der Meinung des Paulus zwar die obligatio depositi nicht begründet, — natürlich, denn diese wird nur re contrahirt, — allein es kann dadurch der Beweis der Deposition erbracht werden; und dabei fügt der Jurist hinzu: „An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc, quod scripsit, iudicem aestimaturum.“ Der Richter soll also keinesweges das ohne Weiteres als richtig annehmen,

[12]) Denn, wenn im Beweisverfahren von Production geredet wird, so versteht man darunter nicht ein bloßes zu den Acten Bringen (wie z. B. Niemand denjenigen, der auf ein vom Gegner angebrachtes Editionsgesuch eine Urkunde gerichtlich vorlegt, deshalb den Producenten dieser Urkunde nennt), sondern vielmehr eine Bezugnahme auf ein vorgelegtes Beweismittel zum Zwecke eines zu führenden Beweises; und sonach kann der Gegner dessen, der das Dokument zu den Akten gebracht hat, gar füglich als der eigentliche Producent desselben anzusehen sein, wenn nämlich er, und nicht der Beibringende sich auf dasselbe bezieht. Danz ordentl. Proz. §. 331. Grolman l. not. 1. cit. §. 89. not. 1.

Digitized by Google

was derjenige, gegen den die Urkunde zum Beweise des Depositum producirt ist, darin zu seinen Gunsten geschrieben hat, sondern er soll dieses nach den Umständen ermessen. Es ist also die Thatsache, daß der Gegner sich darauf berufen hat, durchaus kein entscheidendes Moment, um ihr Beweiskraft für den Aussteller beizulegen, sondern ein solches muß erst in anderweitigen Umständen und Verhältnissen der Sache gesucht und gefunden werden.

§. 8.

Die Art und Weise, wie der Producent sich auf die vom Gegner ausgestellte Urkunde beruft, kann aber auch den anderen Erfolg haben, daß nunmehr der Beweis, den der Producent daraus für sich ableiten will, als genügend nicht erachtet werden kann. Dieses ist dann der Fall, wenn man durch die Theilung der Urkunde dem Aussteller ein Geständniß unterschiebt, was er darin in dieser Maaße abzulegen gar nicht gemeint gewesen ist. Denn, da die Beweiskraft eigener Urkunden gegen den Aussteller gerade auf dem von ihm darin abgelegten Geständnisse beruhet, so wirft sich hier Alles auf die Grundsätze von der s. g. confessio qualificata zurück. So wie der Producent dieses, wenn von getrennten Thatsachen die Rede ist, theilen, und die Einräumung der ihm günstigen Thatsache benutzen, die Behauptung der anderen ihm nachtheiligen aber zurückweisen kann; so steht dieses unter gleicher Bedingung auch dem Producenten einer vom Gegner ausgestellten Urkunde frei. So wie es aber auf der andern Seite unzulässig ist, ein Geständniß dergestalt zu theilen, daß etwas als eingeräumt angenommen wird, was der Andere so uneingeschränkt, so unbedingt, so ohne modificirende Nebenumstände gar nicht eingeräumt hat, kurz, so wie es unstatthaft ist, ein Geständniß in einem andern Sinne, als in welchem es

Digitized by Google

abgelegt worden ist, anzunehmen; so darf auch eine Urkunde nicht in solcher Maaße getheilt werden, daß man dieselbe dabei in einem vom Aussteller gar nicht gemeinten Sinne versteht. Wenn aber der Beweisführer dieses gleichwohl versucht, so hat dieses bei der unzulässigen Theilung eines eigentlichen qualificirten Geständnisses nicht die Folge, daß er nun auch den zurückgewiesenen Theil desselben als wahr gegen sich gelten lassen muß, sondern nur die, daß er den ihm obliegenden Beweis nicht durch jenes Geständniß führen kann, sondern denselben durch andere Mittel erbringen muß. Und auf gleiche Weise kann man in dem verwandten Falle, wo der Beweisführer aus einer vom Gegner ausgestellten Urkunde in unzulässiger Maaße das Günstige für sich heraus zu nehmen, das Ungünstige aber zurück zu weisen versucht, nicht das Präjudiz eintreten lassen, daß nun auch das Letztere gegen ihn als wahr angenommen wird; sondern der Nachtheil kann lediglich darin bestehen, daß er seinen Beweis nunmehr nicht durch diese Urkunde allein erbringen kann, obwohl sie ihm den Umständen nach immer noch zur Unterstützung bei einer anderweitigen Beweisführung dienen könnte.

§. 9.

Etwas anderes bringen denn auch weder die übrigen oben angeführten, bisher noch nicht erörterten, Gesetze, noch die Analogie der Vorschriften bei den Zeugen mit sich. Erstere gehören zum Theil gar nicht hieher, zum Theil sind sie bei der Entscheidung der vorliegenden Frage ganz ungeeignet angewandt. Wenn nämlich in der l. 24 und 26 D. de constituta pecunia der Satz aufgestellt ist, daß das briefliche Versprechen, eine Schuld zu bezahlen, für ein constitutum zu achten sei, so läßt sich nicht absehen, was daraus für unsere Frage gefolgert werden kann. Das cap. 19. X. de

censibus aber redet von einem Falle, wo der Producent sich gerade auch allgemein auf den Inhalt der Urkunde mit bezogen, und dadurch diesen als richtig anerkannt hatte. Wenn aber Jemand bei der Production einer Urkunde sich nicht etwa auf Einzelnes in derselben, sondern ganz allgemein auf dieselbe bezieht, so wird es eben deshalb den Umständen nach statthaft sein, nun auch Alles, was sie enthält, gegen ihn zu benutzen. Und was endlich die l. 16 D. de administrat. et periculo tutor. und die l. 39. §. 1. D. de operis libertor. nebst der verwandten l. 11. D. de negotiis gestis anbetrifft, so enthalten diese nur den, ohnehin in voller Allgemeinheit nicht einmal richtigen[13]) Grundsatz, daß man ein von einem Andern für uns besorgtes Rechtsgeschäft nicht in der Maaße theilen dürfe, daß man sich den Vortheil daraus aneigne, den Nachtheil aber dem Geschäftsführer überweise. Dieser Grundsatz findet aber auf Beweismittel keine Anwendung, wie die Lehre vom Geständnisse, und von der Beweiskraft einer Urkunde für und wider den Aussteller ergiebt.

§. 10.

Was endlich von der Production eines Zeugen gilt, dürfte schon an sich auf Urkunden nicht so geradehin zu übertragen sein; aber sicher kann diese Analogie nur für den Fall in Betracht kommen, wenn aus der zum Beweise producirten Urkunde eines Dritten gegen den Producenten deducirt wird. Denn insofern Letzterer sich durch die Production der Urkunde auf das darin liegende Zeugniß des Dritten beruft, nimt er für denselben Glauben in Anspruch, und muß ihm daher solchen auch gegen sich einräumen. Aber selbst hiebei ist nicht zu übersehen, daß sogar der Producent eines Zeugen nicht un-

[13]) Vergl. z. B. l. 23. §. 1. D. pro socio (17, 2).

Digitized by Google

bedingt deſſen Ausſagen gegen ſich gelten zu laſſen braucht, ſondern namentlich aus den Depoſitionen die abſolute oder relative Unglaubwürdigkeit deſſelben deduciren darf, und daß dieſe Befugniß dem, welcher ſich auf die von einem Dritten ausgeſtellte Urkunde bezieht, in um ſo unbeſchränkterer Maaße geſtattet werden muß, da bei dem Zeugen die Glaubwürdigkeit durch den abgeleiſteten Zeugeneid erhöhet wird, dieſes Moment aber bei der Urkunde, wenigſtens in der Regel, fehlt. Liegt nun aber gar eine eigene Urkunde des Producten vor, ſo iſt die Analogie der Zeugen ganz unanwendbar; denn hier bleibt immer die weſentliche Verſchiedenheit, daß der eidlichen Ausſage des Zeugen als eines Dritten, inſofern gegen die, vom Beweisführer durch die Production anerkannte, perſönliche Glaubwürdigkeit deſſelben nichts zu erinnern iſt, ſchon an ſich eine bedeutende Beweiskraft beikommt, die Urkunde aber ſolche für den Ausſteller an ſich nicht hat. Nur dann aber kann der Producent einer Urkunde den anderen daraus gegen ihn angeführten Stellen die Glaubwürdigkeit nicht beſtreiten, wenn bei ihnen derſelbe Grund der Beweiskraft ganz auf gleiche Weiſe eintritt, auf welchen ſich der Producent bei den von ihm in Bezug genommenen Stellen der Urkunde geſtützt hat.

§. 11.

Dieſe Grundſätze ſind vom Oberappellationsgerichte bereits in mehreren Fällen zur Anwendung gebracht. In einer hamburgiſchen Aſſecuranzſache, Rasper c. Ballentin, wo ein Dritter für den eigentlichen Verſicherten die Ordre zur Beſorgung der Aſſecuranz nach Hamburg ertheilt haben ſollte, kam es auf den Beweis der doppelten Umſtände an, daß eine Ordre nach Hamburg ertheilt worden, und daß der Dritte zur Ertheilung derſelben autoriſirt geweſen ſei. Im Laufe des Beweisverfahrens producirte der Gegner den in ſeine Hände

Digitized by Google

gekommenen Originalordrebrief, den der Dritte nach Hamburg geschrieben hatte, um aus einer demselben angehängten Schlußclausel in anderer Beziehung wider den Kläger zu argumentiren. In diesem Briefe hatte der Dritte einen Umstand angeführt, der, wenn er als richtig anzunehmen war, ihn allenfalls berechtigt haben würde, für den eigentlichen Versicherten die Assecuranzangelegenheit zu besorgen; und da verlangte nun der Kläger, gestützt auf das Sprüchlein, daß eine Urkunde gegen den Producenten beweise, es solle als dargethan angenommen werden, nicht nur, daß eine Ordre nach Hamburg ertheilt, sondern auch daß der Dritte befugt gewesen sei, sie zu ertheilen. Das OAGericht ging aber in seinem Erkenntnisse vom 19ten Dec. 1823 nur auf das erstere Verlangen ein, weil der Beklagte selbst den Ordrebrief als das nach Hamburg gekommene Original producirt hatte, verwarf aber das letztere, weil Beklagter zwar wohl die Aechtheit des Briefes anerkannt habe, deshalb aber noch nicht alles das als wahr gegen sich gelten zu lassen brauche, was der Dritte darin behauptet und geschrieben habe.

§. 12.

In einer andern hamburgischen Sache, Wertheim c. Gumprecht, handelte es sich davon, ob Letzterer, der Beklagte, dem Ersteren eine gewisse Summe unumwunden, oder nur unter einer Bedingung versprochen habe. Zum Beweise des geleisteten Zahlungsversprechens producirte nun der Kläger bei der Replik ein Schreiben des Beklagten, worin zwar das Versprechen enthalten, aber auch zugleich etwas von der vom Beklagten behaupteten Bedingung des Geschäftes eingemischt war, indem der Kläger sofort gegen dieses Letztere, was Beklagter wahrheitswidriger Weise hinzugefügt habe, protestirte; wogegen der Beklagte nach der mehrerwähnten Regel es als

Digitized by Google

nunmehr bereits erwiesen angenommen wissen wollte, daß er das fragliche Versprechen nur bedingt geleistet habe. Das Oberappellationsgericht verwarf aber am 18ten März 1825 dieses letztgedachte Verlangen des Beklagten, erkannte mit dem Niedergerichte auf Beweis des Klagegrundes und des dagegen geltend gemachten exceptivischen Vorbringens; und bemerkte dabei, es werde erst demnächst nach beendigtem Beweisverfahren, und den dadurch vielleicht bewirkten näheren Aufklärungen der Sache, darüber zu entscheiden sein, ob und in wieweit der Kläger oder der Beklagte sich hiebei jenes Briefes mit bedienen könnte. Von gleichen Grundsätzen ging endlich das Oberappellationsgericht in seinem Erkenntnisse vom 13ten Januar 1826 J. S. v. Bergen et Comp. c. Schröder, Mahs et Comp. aus, wo es bei einem auf Besicht geschlossenen Handel darauf ankam, ob die Käufer die Waare nach deren Besichtigung unbedingt oder nur unter einem Vorbehalte genehmigt hatten, und dieselben das Letztere durch ihr eigenes späteres Schreiben, welches dieses als früher geschehen anführte, deshalb für erwiesen geachtet wissen wollten, weil die Verkäufer jenes Schreiben, obwohl unter ausdrücklicher Protestation gegen diesen Theil seines Inhalts, producirt hatten.

Digitized by Google

IX.

Von dem Gerichtsstande der belegenen Sache bei Theilungsklagen, und Grundstücken, die in verschiedenen Territorien belegen sind.

---

§. 1.

Vor der Landschaft Kirchwärder, die zu den Lübeck und Hamburg gemeinschaftlichen Vierlanden gehört, und vor der Hamburgs alleiniger Hoheit unterworfenen Landschaft Ochsenwärder, liegt nach der Elbseite ein die Aussenfreiheit benanntes Vorland. Der Landeshoheit nach ist es getheilt, und liegt der größere Theil in dem privativen hamburgischen Gebiete. Dem Eigenthume und der Benutzung nach steht es aber in der communio pro indiviso beider Landschaften, und ist von denselben bisher zur Viehweide und zum Sodenstechen bei Deichtbauten benutzt worden. Die Landschaft Kirchwärder ist in erster Instanz dem von beiden Städten relevirenden Amtsgerichte zu Bergedorf unterworfen, die Landschaft Ochsenwärder der hamburgischen Landprätur zu Bill- und Ochsenwärder. Bei letzterer bringt nun die Landschaft Ochsenwärder eine Klage auf Theilung jenes Vorlandes wider die Landschaft Kirchwärder an, indem sie die Wahl dieses Gerichtsstandes damit zu rechtfertigen sucht, daß eine Theilungsklage im Gerichtsstande der belegenen Sache angestellt, und wenn das zu theilende Grundstück in mehreren Territorien be-

Digitized by Google

legen ist, da angestellt werden könne, wo der größere Theil desselben liege; und im Entstehungsfalle wenigstens darauf Anspruch macht, die Sache bei dem nächsten gemeinschaftlichen Obergerichte, als dem foro continentiae causarum, anhängig machen zu dürfen. Die beklagte Landschaft will sich dagegen bloß in ihrem generellen Gerichtsstande zu Bergendorf einlassen.

§. 2.

Hiebei entsteht nun zunächst die Frage, ob die Theilungsklagen, und namentlich ob die actio communi dividundo im Gerichtsstande der belegenen Sache überall angestellt werden könne. Nach den Gesetzen kann in diesem Forum bekanntlich nur die in rem actio angestellt werden[1]), weil aber Justinian in den Institutionen von gemischten Klagen, welche die Natur der dinglichen und persönlichen Klagen vereinigten, redet, und hiezu gerade die drei Theilungsklagen rechnet[2]), so haben Manche daraus, aber auch lediglich aus diesem theoretischen Grunde die Folge abgeleitet, daß letztere

---

[1]) l. 38. D. de iudiciis (5, 1.); l. 3. C. ubi in rem actio (3, 19.); c. 3. X. de foro compet. (2, 2).

[2]) §. 20. I. de actionibus (4, 6). Außerdem wird auch noch die hereditatis petitio zu den actionibus mixtis in diesem Sinne gezählt, (arg. l. 7. C. de petitione hereditatis, 3, 31); sie bleibt aber hier füglich unerwähnt, da über den Gerichtsstand, wo diese Klage anzustellen ist, besondere gesetzliche Vorschriften existiren; und da der Gegenstand dieser Klage, eine universitas iuris, auch besondere Rücksichten herbeiführt. Dieses letzteren Umstandes wegen dürften denn auch jedenfalls auf die actio familiae erciscundae die Grundsätze, die man bei der actio communi dividundo und finium regundorum anwendbar erachtet, nicht unbedingt übertragen werden können.

Digitized by Google

sowohl in dem für die persönliche als auch in dem für die dingliche Klage geeigneten Forum angestellt werden könne, und ist dabei, namentlich in Betreff der actio communi dividundo und finium regundorum, zur Unterstützung noch wohl das practische Bedürfniß geltend gemacht, indem nur der iudex rei sitae eine geeignete Auseinandersetzung zu treffen vermöge, und deshalb hier jener Gerichtsstand noch unentbehrlicher sei, als bei der reinen actio in rem[3]). Daß aber dieses in der Praxis auch so gehalten werde, das findet sich bei den Schriftstellern nicht bezeugt, obwohl von einem anderern Satze, dem nämlich, daß die s. g. actio in rem scripta im Gerichtsstande der belegenen Sache angestellt werden könne, welcher Satz wohl nach der Theorie unbedenklich als falsch zu verwerfen ist, sehr allgemein behauptet wird, daß er durch die Praxis seine Sanction erhalten habe[4]).

§. 3.

Zur Würdigung des theoretischen Argumentes hängt nun aber Alles davon ab, wie die Worte der Institutionenstelle:

Quaedam actiones mistam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis

---

[3]) Zanger de except. Pars 2. cap. 1. nr. 293 — 5. Struv U. M. P. lib. 10. tit. 1. §. 3. Böhmer de actionibus Sect. 2. cap. 3. §. 55 in fin. Huber praelect. iuris civilis P. 2. lib. 5. tit. 1. §. 51. (ed. Mencken pag. 198.) Lauterbach colleg. lib. 5. tit. 1. §. 51. Pufendorf observat. Tom. 2. obs. 148. Hofacker principia Tom. 3. §. 4237.

[4]) Lauterbach und Hofacker locis cit. Danz ordentl. Proz. §. 29. (Ausg. v. Gönner.) Weber von Klagen und Einreden St. 2 u. 3. nr. 11. S. 17. Thibaut System der Pandekten B. 3. §. 1073. Martin bürgerl. Prozeß §. 46. Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahr. §. 38.

est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquod ius commune est, ut dividatur. Item finium regundorum actio, quae inter eos agitur, qui confines agros habent . . .

zu verstehen sind. Manche finden hierin nun den klaren Ausspruch, daß die genannten Klagen wirklich sowohl in rem als in personam seien, und zwar dergestallt, daß ihnen die erstere Eigenschaft insoweit zukomme, als es sich von der Theilung der vorhandenen gemeinschaftlichen Sachen handelt, die letztere hingegen insoweit, als hiebei Leistungen vorkommen, wozu der eine Theil dem anderen verurtheilt wird [5]). Wäre diese Ansicht zu billigen, so würde daraus jedenfalls so viel zu folgern sein, daß nur da, wo effectiv zunächst auf Theilung geklagt wird, die Klage im Gerichtsstande der belegenen Sache angestellt werden könne, daß hingegen die actio communi dividundo utilis, welche nach dem Untergange oder der Veräußerung der gemeinschaftlichen Sache, noch wegen persönlicher Leistungen zugelassen wird [6]), in diesem Foro gar nicht angebracht werden dürfe.

§. 4.

Allein man muß noch weiter gehen, und selbst der actio

[5]) Noodt probabil. iuris lib. 1. cap. 12. Voet commentar. ad ff. lib. 10. tit. 1. §. 4. Meier colleg. Argentorat. lib. 10. tit. 1. §. 2—7; tit. 3. §. 16. Es wird hiebei besonders die l. 22. §. 4. D. famil. erciscundae (10, 2.) geltend gemacht, wo es heißt: „Familiae erciscundae iudicium ex duobus constat, id est rebus, atque praestationibus, quae sunt personales actiones.“

[6]) l. 6. §. 1, l. 11. D. communi dividundo (10, 3).

Digitized by Google

communi dividundo directa, so wie den beiden andern Theilungsklagen den Character von dinglichen Klagen absprechen. Von der actio finium regundorum heißt es ausdrücklich, sie sei in personam, obwohl sie statt der Vindication der Sache diene (licet pro vindicatione rei est[7]); und es erscheint als eine ganz ungrammatische Auslegung, wenn Voet dieses so verstanden wissen will, als solle damit gesagt sein, obwohl die Klage eigentlich eine dingliche sei, so sei sie doch auch zugleich eine persönliche. In einem andern Gesetze werden ebenfalls alle drei Klagen unter der Zahl der persönlichen aufgeführt[8]), und es ist abermals ganz willkührlich, wenn Manche meinen, sie würden hier nur in Beziehung auf die Verjährung für persönliche Klagen erklärt; denn zu dieser Annahme berechtigt die Fassung des Gesetzes durchaus nicht. Was nun aber die scheinbar entgegen stehende Institutionenstelle anbetrifft, so deuten schon die gebrauchten Ausdrücke darauf hin, daß damit nur eine Aehnlichkeit oder das Eintreten einzelner Grundsätze, die sonst nur bei der andern Klagengattung vorkommen, angezeigt werden soll. Diese Aehnlichkeit läßt sich möglicher Weise in zweierlei finden; einmal darin, daß bei diesen Klagen, wenn man auf das ihnen zum Grunde liegende Rechtsverhältniß sieht, aus Eigenthum und obligatio zugleich geklagt wird[9]); und zweitens darin,

[7]) l. 1. D. finium regundor. (10, 1.) Der Ausdruck: „licet pro vindicatione rei est" bezieht sich bei dieser Klage vielleicht nur darauf, daß man hier häufig mit einer Vindication des durch die Gränzverwirrung uns entzogenen Stück Landes eben so weit kommen kann, als mit der actio finium regundorum. Cf. I. 8. pr. D. eod.

[8]) l. 1. §. 1. D. de annali except. (7, 40.)

[9]) So verstehen die Stelle Du Roi specim. observat. de iure in

daß bei denſelben der Richter durch ſein Erkenntniß dingliche Rechte und Forderungen conſtituiren kann; indem namentlich dasjenige, was hier der Richter dem Einen von der gemeinſamen Sache zuſpricht, durch die adjudicatio ſofort in deſſen Eigenthum übergeht [10]); und es dadurch dem Reſultate nach in eine ähnliche Lage kommt, als wenn die adjudicirte Sache vindicirt, und der Kläger in der Sentenz als Eigenthümer derſelben anerkannt worden wäre [11]).

---

re, Heidelbergae 1812. 8. pag. 22 u. 23. und im Archiv d. civil. Praxis B. 6. S. 428, 9; und Schweppe römiſches Privatrecht §. 598. Dieſe Auslegung hat denn auch namentlich die Auctorität von Theophilus für ſich, der zu dem angezogenen §. der Inſtitutionen von der zuerſt genannten actio familiae erciscundae bemerkt: ἔχει γαρ καὶ τῆς in rem τὸ ἰδίωμα, καθὸ περὶ πραγμάτων κινεῖται, (ἕκαστος γὰρ συγκληρονόμος ἐν μέρει δεσπότης ἐστίν·) ἔχει δὲ καὶ περσοναλίας ἀποτελέσματα· ἐξετάζεται γὰρ ἐπὶ αὐτῆ, καὶ κατάγεται εἰς παραδίκην κεφάλαια, ἅτινα personalis ἃ μὴν τῆς in rem ἐστὶν οἰκεῖα. h. e. ex versione Reitz.: „Habet enim et in rem actionis proprietatem, quatenus de rebus instituitur: (namque omnis coheres ex parte dominus est): et vero habet personalis actionis effecta; in hoc enim iudicio exquiruntur et in condemnationem veniunt capita, quae actionis personalis, non autem realis propria sunt. Die nähere Entwickelung, wie dieſes zu verſtehen iſt, verſpricht Theophilus in einem Buche de Iudiciis, was aber ungeſchrieben geblieben, oder doch verloren gegangen iſt.

[10]) Gaii Instit. lib. 4. §. 42. Ulpiani fragm. tit. 19. §. 16. §. 7. I. de officio iudicis (4, 17.) ibique Theophilus.

[11]) So erläutern es Donellus in commentar. ad tit. Inst. de actionibus §. 20. nr. 6 — 8, und in commentar. iur. civilis lib. 21. cap. 1. Westenberg principia lib. 44. tit. 7. §.

Digitized by Google

§. 5.

Nimt man nun aber die Sache in dem einen oder in dem andern Sinne, so ist die Klage ihrem Wesen nach immer nicht in rem, selbst nicht einmal theilweise, sondern lediglich in personam. Denn die actio in rem erfordert nicht bloß, daß de re controversia sit, was bei den Theilungsklagen insoweit, als es sich von der Theilung der gemeinschaftlichen Sache, oder von der Berichtigung der Gränzen handelt zutrifft, sondern auch, und zwar dieses als das characteristische Merkmal, daß die intentio dahin lautete: „rem meam esse“ oder „ius meum esse“. Lautete es hingegen in der Formel bei der intentio: „dare, facere, praestare oportere,“ „dari fierive oportere,“ oder auf eine andere Weise, nur nicht wie in der Vindicationsformel, so wurde die Klage für eine actio in personam erklärt [12]). Mit andern Worten von einer actio in rem oder einer vindicatio läßt sich nur in dem Falle reden, wenn aus einem dinglichen Rechte auf Anerkennung desselben geklagt, und nur für den Fall der nicht erfolgenden Restitution auf eine condemnatio, oder eine Leistung des Interesse in Gelde angetragen wird. Bei den Theilungsklagen wird nun freilich die Verbindlichkeit zur Theilung lediglich aus dem Miteigenthume abgeleitet, und insoweit die Klage gar nicht auf eine obligatio

30 — 34, 36. v. Grolman und v. Löhr Magazin der Rechtswissenschaft B. 4. Heft 1. nr. 2. S. 19 — 23.

[12]) Gaii Inst. lib. 4. §. 1 – 5. §. 1. I. de action. (4, 6.) Du Roi spec. cit. obs. 1. §. 3. pag. 16 — 19, 22, 23, 25. u. im Archiv d. civil. Praxis B. 6. S. 252 — 260. Auch Faber conjecturae lib. 20. cap. 10. macht darauf aufmerksam, daß die actio in rem voraussetze, daß der Beklagte dem Kläger nullo modo obligatus sei.

Digitized by Google

gegründet, ſondern letztere kommt nur bei den praestationibus personalibus in Frage[13]); allein die Klage geht nicht auf Anerkennung des Miteigenthums oder des gemeinſchaftlichen Erbrechts, ſondern ſetzt dieſes als anerkannt voraus; und kann daher, wenn hierüber ein Zweifel entſteht, bei jener Klage über die Gemeinſchaft des Rechts nur höchſtens als über einen präparatoriſchen Incidentpunkt erkannt werden[14]). Obwohl uns daher die Formel der Theilungsklagen nicht aufbehalten iſt, ſo hat doch die intentio ſicher nicht dahin gelautet: „rem meam esse," eben ſo wenig ging, wie wir jetzt aus Gajus wiſſen, das Geſuch an den Richter nicht auf eine Verurtheilung zum restituere, wie dieſes bei der Vindication wenigſtens geſchehen konnte, wenn auch der judex eventuell angewieſen wurde eine condemnatio auszuſprechen, und der Kläger vielleicht gleich von Anfange an hierauf ſeinen Antrag richten durfte[15]), ſondern dahin: „quantum adiudica-

---

[13]) §. 3. I. de oblig. quae quasi ex contract. (3, 28.)

[14]) l. 1. §. 1; l. 36. D. famil. erciscund. (10, 2.); l. 1. f.; l. 4. pr. D. communi divid. (10, 3.); l. 18. D. de except. (44, 1.) Vergl. Schweppe röm. Privatrecht §. 598.

[15]) arg. pr. I. de satisdat. (4, 11.); §. 2. I. de officio iudicis (4, 17.); l. 68. D. de rei vindicat. (6, 1.); coll. Gaii Instit. lib. 4. §. 39, 41, 43, 44, 89. Heineccii antiq. Rom. lib. 4. tit. 6. §. 25. Du Roi im Archiv d. civil. Praxis B. 6. S. 254. Zugleich wurde aber vom Richter nach der intentio des Klägers oder des Beklagten ausgeſprochen: „rem actoris esse oder non esse." l. 40. §. 2 D. de procurator. (3, 3.) Daß die Form, wenigſtens eventuell auf die condemnatio mit lautete, ergeben Cicero in Verrem lib. 2. cap. 12. Gaii Inst. lib. 4. §. 48, 51, 86 in fin. Theophilus ad §. 2. D. de perpet. et temporal. act. (4, 12.)

Digitized by Google

ri oportet, iudex Titio adjudicato,“ [16]) wonach also der Richter angewiesen wurde, erst durch sein Erkenntniß ein dingliches Recht zu begründen. Die intentio ging hier also wahrscheinlich dahin: „adiudicari oportet.“ — Auch läßt sich hiegegen nicht einwenden, daß doch manche Klagen, und namentlich die actio quod metus causa, welche sich bestimmt auf eine obligatio gründen, actiones in rem scriptae oder in rem conceptae, was nach dem Sprachgebrauche mit actiones in rem identisch sein dürfte, genannt werden [17]); denn der Ausdruck in rem bezeichnet auch das Generelle, im Gegensatz dessen, wo von einer bestimmten Person die Rede und auf diese das Rechtsverhältniß beschränkt ist [18]). Und nur in diesem Sinne heißt es von jenen offenbar persönlichen Klagen, daß sie in rem gefaßt seien [19]), nie wird man aber hier, wie bei der dinglichen Klage, die Redensart „agere in rem“ gebraucht finden, oder sie bei jenen Klagen gebrauchen können. — Mit Recht werden daher die Theilungsklagen von Vielen, der ausgezeichnetsten Civilisten dem genus nach lediglich zu dem in personam actionibus gezählt [20]).

---

[16]) Gaii Inst. lib. 4. §. 42. (ed. 2.)

[17]) l. 9. §. 8. D. quod metus causa (4, 2.)

[18]) Dann übersetzen es die Griechen durch γενικῶς, während sie da, wo von der eigentlichen actio in rem die Rede ist, das in rem durch ἐπὶ τῶ πραγματι oder περι μραγματος wieder geben Du Roi spec. cit. pag. 26 — 31, und im Archiv der civil. Praxis B. 6. S. 410 — 2.

[19]) Vergl. z. B. l. 9. §. 8. mit §. 1. D. quod metus causa (4, 2.) Du Roi an d. in d. vorigen Note angef. Stellen.

[20]) Donellus, Westerberg, Faber, v. Löhr loc. not. 11 u.

Digitized by Google

§. 6.

Kann man nun aber diese Klagen gar nicht zu den in rem actionibus rechnen, so fehlt es auch an einem ausreichenden Rechtsgrunde, die Anstellung derselben im Gerichtsstande der belegenen Sache zu gestatten. Denn dieses Forum ist nach den Gesetzen nur für die dinglichen Klagen zugelassen, und daraus, daß die Theilungsklagen in einigen Stücken Aehnlichkeit mit denselben haben, folgt nicht, daß auch in andern Beziehungen auf sie diejenigen Grundsätze angewandt werden dürfen, welche das Gesetz bloß für die in rem actiones aufstellt, und bei ihnen für anwendbar nicht erklärt hat. Hier muß man vielmehr bei dem stehen bleiben, was die allgemeine Natur der Klage mit sich bringt. Die Zweckmäßigkeit und das practische Bedürfniß des fraglichen Gerichtsstandes bei den Theilungsklagen können nun auch wohl die Veranlassung zu einem deßfallsigen Gewohnheitsrechte oder Gerichtsgebrauche werden; aber schwerlich wird sich derselbe im Allgemeinen behaupten lassen; und wo dieses letztere Moment nicht hinzu kommt, da kann die bloße Zweckmäßigkeit die Stelle eines tüchtigen Rechtsgrundes nicht vertreten. Ja ließe sich annehmen, daß das forum rei sitae im römischen Rechte bei dinglichen Klagen der Zweckmäßigkeit wegen zugelassen worden sei, so dürfte davon wohl bei den Theilungsklagen eine analoge Anwendung zu machen sein; allein über das rechtliche Fundament, worauf dieses Forum beruhet, constirt nichts, und schon deshalb ist es bedenklich, dasselbe auf Klagen auszudehnen, für welche das Gesetz es nicht geordnet hat. Auch ist jene Rücksicht auf das Angemessene wohl kaum als die Veranlassung

12. cit. Du Roi specim. cit. pag. 22, 23. und im Archiv d. civil. Praxis B. 6. S. 428, 9.

Digitized by Google

für diesen Gerichtsstand anzusehen, denn sonst hätte derselbe als ein forum exclusivum angeordnet, und nicht, wie es der richtigern Meinung nach doch allerdings in den Gesetzen geschehen ist[21]), dem Kläger die Wahl gelassen werden müssen, ob er seine dingliche Klage im Domicil des Beklagten oder ob er sie da anbringen wolle, wo sich die Sache befindet. Endlich giebt es ja auch sonst manche Fälle, wo es allerdings zweckmäßiger sein würde, wenn der erkennende Richter dasjenige, was zur Instruction der Sache oder zur Vollstreckung des Erkenntnisses erforderlich ist, selbst vornehmen könnte, und wo man gleichwohl, um nicht fremde Jurisdictionsbefugnisse zu verletzen, sich damit begnügt, die Hülfe des fremden Richters in Anspruch zu nehmen.

§. 7.

Wollte man nun aber auch die actio communi dividundo und finium regundorum in gewöhnlichen Fällen, wo der Gegenstand ganz in dem Gerichtssprengel eines und desselben Richters belegen ist, in foro rei sitae zulassen —, worüber das Oberappellationsgericht in der oben erwähnten Sache seine Meinung nicht ausgesprochen hat —, so kann dieser Gerichtsstand doch da keine Anwendung finden, wo das Grundstück in zwei verschiedenen Gerichtsbezirken belegen ist. Denn da das forum rei sitae darauf beruhet, daß der Gegenstand der Klage in einem Gerichtsbezirke belegen ist, so kann es auch nur insoweit statt finden, als jene factische Voraussetzung vorhanden ist. Liegt mithin ein Grundstück in zwei

---

21) Vinnii select. quaest. lib. 1. cap. 18. Cocceji exercitat. curiosae Tom. 1. disp. 54. tit. 4. §. 3, 5 — 7. Schilter exercit. ad ff. ex. 13. §. 30, 31. Pufendorf observ. Tom. 1. obs. 113; Tom. 2. obs. 148. C. Trummer D. de foro rei sitae haud exclusivo. Heidelb. 1818. 8.

Digitized by Google

Territorien, so ist als iudex rei sitae der Richter jedes Gebietes nur für den Theil des Grundstücks competent, der in seinem Sprengel belegen ist. Das führt denn bei einer Vindication oder einer andern ähnlichen dinglichen Klage, wenn der Kläger darauf beharrt, sie in foro rei sitae anstellen zu wollen, zu keiner weiteren Schwierigkeit, als daß er sie theilen, und wegen des einen Stückes in dem einen, wegen des andern in dem andern Gerichte klagen muß. Wenn aber eine actio communi dividundo angestellt werden soll, wo nicht der in dem einen Gebiete belegene Theil des Grundstückes abgesondert zur Theilung gebracht werden kann, sondern bei letzterer immer auch auf dasjenige, was im andern Gebiete belegen ist, mit Rücksicht genommen werden muß, mithin eine solche Spaltung der Klage als unstatthaft erscheint, so muß jener specielle Gerichtsstand für ganz unanwendbar geachtet, und der Kläger mit seiner Klage an ein anderes geeignetes forum, als welches jedenfalls das forum domicilii des Beklagten vorhanden ist, verwiesen werden.

§. 8.

Nun scheint man freilich bisweilen von der Voraussetzung ausgegangen zu seyn, daß für jede Sache ein forum rei sitae vorhanden sein müsse; und man hat daher dieses in einem Falle, wo das Grundstück in mehreren Gerichtsbezirken belegen war, bald nach Analogie der Erbschaftsklagen[22]) da als begründet angesehen wissen wollen, wo der größere Theil desselben belegen war[23]), bald hat man angenommen, es müsse

[22]) l. 50. pr. §. 2. D. de iudiciis (5. 1.); l. 66. §. 4. D. ad S. C. Trebell. (36, 1.); coll. l. un. C. ubi de heredit. (3, 20.)

[23]) Roding Pandect. cameral. lib. 1. tit. 17. §. 22 — 24. Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahrens §. 38. Danz ordentl. Proz. §. 33. S. 91. (Ausg. v. Gönner).

Digitized by Google

alsdann der nächste gemeinschaftliche Oberrichter angegangen werden, und sonach das forum continentiae causarum eintreten[24]). Allein bei dieser Argumentation läßt sich schon die erste Voraussetzung nicht als richtig zugeben; denn nirgends findet es sich in den Gesetzen vorgeschrieben, daß für jede Sache ein forum rei sitae vorhanden sein soll, und da dieser Gerichtsstand kein exclusiver ist, und dieses am wenigsten bei den s. g. actionibus mixtis, die doch jedenfalls auch zugleich in personam sind, sein würde, so erfordert das practische Bedürfniß solches auch keinesweges, sondern man kann sich immer mit einer Klage in foro domicilii helfen. Ja für den hier kaum denkbaren Fall, daß man es mit einem heimatslosen Vagabonden zu thun hätte, würden immer wenigstens noch dieselben Auskunftsmittel übrig bleiben, die eintreten, wenn man denselben mit einer persönlichen Klage in Anspruch nehmen will.

§. 9.

Daß ferner in einem Falle, wie dem oben erwähnten, das forum rei sitae da, wo der größere Theil der Sache belegen ist, begründet sein solle, hat eine gesetzliche Vorschrift durchaus nicht für sich, und wenn auch, wie angeführt wird, das Reichskammergericht in einzelnen Fällen diesen Grundsatz befolgt haben sollte, so ist er selbst dort nicht unwandelbar und fest angenommen, sondern wie Roding bezeugt, in andern Fällen das forum continentiae causarum zugelassen. Also kann auch die Analogie der reichsgerichtlichen Praxis hier nichts entscheiden. Eben so wenig aber kann hiebei eine analoge Anwendung dessen, was die Gesetze von den Erbschafts-

---

[24]) Roding l. c. Danz a. a. O. S. 91, 92. Pufendorf observ. Tom. 2. obs. 148.

Digitized by Google

klagen verordnen, eintreten. Die l. 50. D. de iudiciis und die l. 66. §. 4. D. ad S. C. Trebell. nämlich, worin sich die Vorschrift findet, daß ein Fideicommiß außer im Domicil des Erben auch da eingeklagt werden kann, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet, können auf keine Weise hieher gezogen werden, da sie gar nicht von einer dinglichen Erbschaftsklage, sondern von der persönlichen Klage auf Restitution eines Fidecommisses reden; und da das in denselben angeordnete forum aus Rücksicht auf den dort vorhandenen locus solutionis bestimmt sein dürfte[25]). Was dagegen die dingliche Erbschaftsklage, die hereditatis petitio anbetrifft, so kann hiebei schon deshalb nicht füglich von einem foro rei sitae geredet werden, weil das Object derselben, die hereditas, als eine ideelle Sache nirgends belegen ist[26]). Auch gestattet das Gesetz, die l. un C. ubi de heredit., die von dem foro für diese Klage handelt, nicht, sie außer dem Domicil des Erben auch da anzustellen, wo sich der größere Theil der Erbschaftssachen befindet, sondern nur da, wo dieselben sich schlechthin befinden, und erfordert hiebei zugleich, daß der Beklagte sich dort aufhalte. Es ist also jedenfalls kein reines forum rei sitae[27]); und können schon deshalb die dafür aufgestellten Grundsätze nicht auf eine specialis in rem actio übertragen werden.

§. 10.

Eben so wenig kann aber auch in dem gedachten Falle

---

[25]) Cf. l. 38; l. 52. §. 3. D. de iudiciis (5, 1.)

[26]) Donelli commentar. iur. civil. lib. 17. cap. 17. nr. 73, 76.

[27]) Weber von Klagen und Einreden St. 2 u. 3. nr. 11. S. 32. Archiv d. civil. Praxis. B. 6. S. 180—8.

Digitized by Google

das forum continentiae causarum angewandt werden, wenn nicht, wie das z. B. im Hannöverschen der Fall ist, besondere Landesgesetze dasselbe auch hier zulassen; denn nach dem gemeinen Rechte ist es nur da gestattet, wo mehrere Streitgenossen für ihre Personen verschiedenen Gerichtsbarkeiten unterworfen sind, und selbst dann nur, wenn die Parteien sich eines ordentlichen und gewissen Richters nicht vergleichen konnten[28]). Es kann daher dieses forum keine Anwendung finden, wenn es an einem andern Gerichte, wo bereits in erster Instanz die ganze Sache entschieden werden könnte, nicht fehlt[29]). Obwohl es daher im Jahre 1595 vom Reichskammergerichte in Vorschlag gebracht wurde, jenes forum auch da anzuwenden, wo die Sache in mehreren Territorien belegen war, und die Visitatoren dem beistimmten, so blieb die Sache doch auf dem folgenden Reichstage unerledigt[30]). Mithin muß man wenigstens insofern, als in Fällen dieser letzteren Art noch der Ausweg bleibt, die Klage in foro domicilii des Beklagten anzustellen, das forum continentiae causarum seiner subsidiären Beschaffenheit wegen für unanwendbar erklären; und das um so mehr, da den Parteien ohne Noth das beneficium primae instantiae nicht entzogen werden darf. So entschied denn auch das OAGericht am 10ten April 1826 in der oben erwähnten Sache.

---

[28]) R. D. a. 1600. §. 23, 24.

[29]) Martin a. a. O. §. 56.

[30]) Dubium camer. VIII. a. 1595. (Corpus iur. camer. Francof. 1724. pag. 473.) coll. R. D. a. 1600 §. 140.

Digitized by Google

X.

Nothwendigkeit und Form der Verzichte intercedirender Weiber auf ihre weiblichen Gerechtsame, besonders nach statutarischen Rechten, wo Cura sexus gilt.

§. 1.

Ueber die Interceſſionen der Weiber finden ſich in den älteren unverfälſchten germaniſchen Rechten ſelten beſondere Beſtimmungen, und wo man dergleichen antrifft, ſtellen ſie dieſelben unter keinen anderen Geſichtspunkt als die übrigen Rechtsgeſchäfte der Weiber. So wie nun letztere, inſofern ſie nur dem Gegenſtande nach von einiger Erheblichkeit waren, das Weib nicht anders verpflichteten, als wenn der Vormund deſſelben ſeine Zuſtimmung dazu ertheilt hatte, dann aber völlig zu Recht beſtanden, gleich den von Männern abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäften; ſo verhielt es ſich auch ganz auf gleiche Weiſe, wenn das Weib eine Bürgſchaft übernahm. Auch konnte man nicht füglich darauf kommen, bei Interceſſionen der Weiber ein eigenthümliches Recht eintreten zu laſſen, da der weiblichen Schwäche, in Berückſichtigung deren die Römer ſolche Interceſſionen in der Regel für unverbindlich erklärt haben, in dem germaniſchen Rechte in viel weiterem Umfange durch das mundium, in welchem die Weiber ſtanden, vorgeſehen worden iſt. Bei dem Eindringen des römiſchen Rechts hat ſich nun daſſelbe in dieſem Punkte, wie gewöhnlich in

ſolchen Fällen geſchehen iſt, auf gar mannigfaltige Weiſe mit dem germaniſchen verſchmolzen. An manchen Orten hat man das Senatusconsultum Velleianum und die damit zuſammenhängenden Vorſchriften des römiſchen Rechtes gar nicht, an andern hat man ſie unbedingt, an noch andern endlich nur mit Modificationen, namentlich mit der aufgenommen, daß jenes Senatusconſult keine Anwendung finde, wenn das Weib ſich unter Zuziehung ihres Curators verbürgt, oder doch dann nicht, wenn ſie cum curatore bei der Uebernahme der Bürgſchaft auf ihre weiblichen Gerechtigkeiten Verzicht geleiſtet hatte[1]).

§. 2.

Sieht man nun inſonderheit auf das ältere hamburgiſche und lübiſche Recht, ſo finden ſich in jenem die Bürgſchaften der Weiber weder da, wo von den Verträgen derſelben im Allgemeinen gehandelt wird[2]), noch ſonſt irgendwo beſonders erwähnt, in dieſem aber wird ihrer zwar ſpeciell gedacht, ſie werden aber ganz wie die übrigen Rechtsgeſchäfte der Weiber behandelt. Inſofern nämlich das ſich verbürgende Weib nicht eine Handelsfrau war, ſo wurde die Interceſſion bei einem 2½ ß überſteigenden Betrage für ungültig erklärt, wenn das Weib ohne ihren Vormund intercedirt hatte. Schon in dem älteſten lateiniſchen Codex heißt es dieſerhalb:

Nulla mulier potest bona sua impignorare, ven-

[1]) Stryck U. M. P. lib. 16. tit. 1. §. 2. Thomasius de usu exiguo SCti Vellei. in for. German. (Dissert. Academ. Tom. 3. nr. 78.) §. 6 — 9. Böhmer exercit. ad Pand. Tom. 3. ex. 50. cap. 2. §. 10. Eichhorn deutſches Privatrecht §. 118 a. E.

[2]) Hamburg. Statut. v. 1270. IX. 13. v. 1292. M. 10. v. 1497. L. 6.

dere vel dare cuiquam sine procuratore („sunder Vormunde" heißt es in den deutſchen Handſchriften), nec aliqua mulier potest carius fideiubere quam pro duobus nummis et dimidio sine mundibordio suo. Exceptis illis, que specialiter habent Copscat et solent emere et vendere. Quidquid etiam cum mundibordio promittit, de iure solvere tenetur, si de promisso convinci poterit . . . .[3]);

und die deutſchen Recenſionen widerholen dieſe Vorſchrift[4]); und ordnen außerdem, daß die unbeerbte Ehefrau, welche ſonſt die Schulden des flüchtigen Ehemannes nicht zu bezahlen brauchte, doch dann dafür gehalten ſein ſollte, wenn ſie mit gelobt hatte[5]), welches Gelöbniß in Folge des obigen Grundſatzes ſie allerdings verpflichten mußte, da es mit Zuziehung ihres ehelichen Vogts geleiſtet war. — In den älteren Recenſionen dieſer beiden Rechte iſt mithin von dem SCtum Velleianum noch keine Spur anzutreffen.

§. 3.

Auch in den revidirten Statuten Lübecks und Hamburgs finden ſich noch Beſtimmungen, die, wenn ſie für ſich allein da ſtänden, lediglich als eine Wiederholung des alten Rechts

[3]) Cod. lat. a. 1235. art. 34. (ap. de Westphalen mon. ined. III. 624.) u. a. 1266. art. 21. (bei Dreyer verm. Abhdl. I. 450.)

[4]) Deutſcher Cod. v. 1240. Art. 21. (ap. de Westphalen l. c. col. 642.) Cronhelm. Cod. Art. 110. Götting. Cod. Art. 134. Oldenburg. Cod. bei Chriſtiani, Geſch. d. Herzogth. Schleswig u. Holſtein Thl. 2. S. 538, 39. Cod. Brock. I. Art. 22; II. Art. 6; III. Art. 345.

[5]) Cod. v. 1240. Art. 162. (ap. de Westphalen l. c. coll. 658.) Cod. Brock. I. Art. 162; II. 40; III. 80. —

Digitized by Google

angeſehen werden müßten. Denn, ſo heißt es in dem neuen lübiſchen Rechte in dem Titel, wo davon gehandelt wird, wer das Seinige zu veräußern mächtig oder nicht mächtig iſt:

„Es mag keine Frau ihr Gut verkaufen noch verſetzen, ohne ihrer Vormünder Vollwort, Wiſſen und Willen. So mag auch keine Frau höher Bürge werden, ohne Willen der Vormünder, dann vor drittehalb Pfennig, außerhalb derer, welche Kauffmannſchaft, Handel und Wandel treiben, was dieſelben geloben, das müſſen ſie gelten und bezahlen“[6]);

und auf ähnliche Weiſe in den jetzt geltenden hamburgiſchen Statuten in der Lehre von den Bürgſchaften:

‚Alle dieſelben, ſo für ſich beſtändiglich contrahiren, können ſich auch für andere bürglich verpflichten; daher Weiber, ſo nach dieſem Unſern Stadtrechte unmündig, und Knaben unter 18 Jahren, ohne ihre Curatoren und Vormünder ſich nicht können als Bürgen beſtändiglich verpflichten“[7]).

Zwar wird in beiden Rechten nur der negative Satz aufgeſtellt, daß Weiber ohne ihren Curator ſich nicht mit Rechtsbeſtande verbürgen können, und nach der ſtrengen logiſchen Form des Converſionsſchluſſes läßt ſich hieraus nicht die Folge ziehen, daß, wenn das Weib die Bürgſchaft mit ihrem Curator übernimt, ſie nun auch ohne Weiteres und unbedingt gehalten ſei. Mit andern Worten, dieſe Geſetze ergeben, daß zum Rechtsbeſtande weiblicher Interceſſionen die Zuſtimmung des Curators ein weſentliches Erforderniß ſei, aber nicht, daß es das einzige ſein ſolle. Allein, da es in dieſen Geſetzen

[6]) Rev. lüb. Recht. Lib. 1. tit. 10. art. 1.

[7]) Hamburg. Statut. v. J. 1603. P. 2. tit. 6. art. 2.

Digitized by Google

darauf ankam, die Bedingungen, unter welchen die Weiber ſich rechtsbeſtändiger Weiſe als Bürgen verpflichten können, feſtzuſetzen, da namentlich im Eingange der Stelle aus den hamburgiſchen Statuten von der Fähigkeit zu contrahiren allgemein auf die zu intercediren geſchloſſen wird, Weiber aber im Beiſtande ihres Curators gültig contrahiren können, und da beſonderer Erforderniſſe für die gültige Eingehung weiblicher Interceſſionen hier gar nicht gedacht wird, ſo müßte man es an und für ſich gewiß als die Meinung des Geſetzes anſehen, daß zum Rechtsbeſtande einer ſolchen Interceſſion nichts weiter erforderlich ſei, als die Zuſtimmung des Geſchlechtsbeiſtandes.

§. 4.

Nun tritt aber der beſondere Umſtand ein, daß ſowohl im lübiſchen als im hamburgiſchen Rechte an andern Stellen des SCti Velleiani, oder der fräulichen Gerechtigkeit bei Interceſſionen Erwähnung geſchieht, und zur Beſeitigung derſelben ein Verzicht darauf erfordert wird. Im lübiſchen Rechte findet ſich nämlich in den revidirten Statuten an den ſchon in den alten Recenſionen enthaltenen Grundſatz, daß ſie, ſelbſt wenn ſie unbeerbt iſt, die Schulden des Mannes, wofür ſie ſich mit verpflichtet hat, bezahlen muß, der Zuſatz angefügt: „welches doch dahin zu verſtehen, wenn ſie eine Kauffrau geweſen, oder ihrer fräulichen Gerechtigkeit erinnert, und ſich derſelben verziehen, ſo muß ſie mit zahlen helfen“[8]). Das hamburgiſche Recht aber macht es der Witwe, welche die Vormundſchaft ihrer Kinder übernehmen will, unter andern zur Pflicht, „daß ſie ſich alsbald der andern Ehe, wie imgleichen des beneficii Senatusconsulti Velleiani und anderer

[8]) Rev lüb. Recht. Lib. 1. tit. 5. art. 7 a. E.

Digitized by Google

weiblichen Freiheiten verzeihe“[9]). Mit der in der Stelle des lübiſchen Rechts erwähnten fräulichen Gerechtigkeit kann offenbar nur das dem Weibe durch das SCtum Velleianum und einige ſpätere Geſetze bei Interceſſionen ertheilte Begünſtigung gemeint ſein, wie dieſes das hamburgiſche Statut beſtimmter hervor hebt. Es wird alſo hienach in beiden Rechten von der Vorausſetzung ausgegangen, daß jene Beſtimmungen des römiſchen Rechts auch in Lübeck und Hamburg noch Anwendung finden. Wie aber dieſes der Fall ſei, das iſt in der That nicht ohne Schwierigkeit. Es läßt ſich jedoch möglicher Weiſe nur eine doppelte Anſicht faſſen.

§. 5.

Entweder man geht davon aus, daß durch die zuerſt erwähnten Vorſchriften des lübiſchen und hamburgiſchen Rechts Interceſſionen der Weiber, die ſie unter Zuziehung ihres Curators vornehmen, für durchaus rechtsbeſtändig erklärt ſeien, ſo daß auch eine Klage daraus demnächſt von ihnen nicht mit der exceptio SCti Velleiani elidirt werden könne. Dann bleibt nichts übrig, als die andern Stellen, wo das beneficium dieſes Senatusconſults und ein Verzicht darauf erwähnt wird, von dem Falle zu verſtehen, wo das Weib ohne ihren Curator intercedirt, und es als die Meinung des Geſetzes anzunehmen, daß in ſolchem Falle das Weib ſich zwar im Allgemeinen mit der Einrede aus dem Senatusconſulte ſchützen könne, daß aber wegen der beſonderen Natur der vorliegenden Verhältniſſe, eine ſolche Interceſſion unter den in jenen Stellen erwähnten Umſtänden das Weib alsdann ebenfalls vollgültig verpflichte, wenn ſie nur bei der Incerceſſion auf ihre weiblichen Gerechtſame verzichtet habe. Namentlich

[9]) Hamb. Statut v. J. 1603. P. 3. tit. 6. art. 5.

Digitized by Google

würde dieſe Auslegung bei dem in dem hamburgiſchen Rechte gedachten Falle der mütterlichen Vormundſchaft nicht für unpaſſend geachtet werden können, da in ſolchen Fällen ſchon das gemeine Recht einen gültigen Verzicht auf das SCtum Velleianum zuläßt, und daher das ſtatutariſche Recht ſich wohl veranlaßt finden konnte, hier einen einſeitigen Verzicht des Weibes ohne Zuziehung ihres Curators für genügend zu erklären. So ſcheint es denn auch im hamburgiſchen Rechte in der That von mehreren Schriftſtellern genommen worden zu ſein[10]).

§. 6.

Dennoch aber hat dieſe Anſicht entſcheidende Gründe wider ſich. Wenn nämlich nach hamburgiſchem und lübiſchem Rechte die Interceſſion eines Weibes ohne Curator ſchon ipso iure null und nichtig, die mit demſelben vollgültig wäre, ſo könnte vom SCtum Velleianum nie die Rede ſein, weil in dem erſten Falle das Weib der Hülfe deſſelben überall nicht bedürfte, in dem letzteren aber ſich mit Erfolg darauf gar nicht berufen könnte; und es hätte dann in den beſonderen Fällen, wo man das Weib aus einer, auch ohne ihren Curator vorgenommenen Interceſſion gehalten wiſſen wollte, die Vorſchrift viel natürlicher dahin lauten müſſen, daß dann das Weib ausnahmsweiſe ohne Weiteres gehalten ſei, als daß ſie zu ſolchem Ende erſt auf das SCtum Velleianum verzichten ſolle. Indem aber die Statuten, wenn auch vielleicht bloß aus einer nicht ſelten darin anzutreffenden gedankenloſen Ver-

---

[10]) Mantzel ius Mecklenburg. illustrat. centur. V. iud. 91. nr. II. Böhmer l. c. cap. 2. §. 11. not. t. med. Suse D. de jure singulari feminae interced. Romanae et Hamburgensis P. 1. Götting. 1803. 4. §. 6.

Digitized by Google

miſchung des fremden mit dem einheimiſchen Rechte, von den dem Weibe an ſich zuſtehenden und erſt durch einen beſonderen Verzicht zu beſeitigenden weiblichen Gerechtigkeiten, und dem beneficio SCti Velleiani reden, ſo liegt darin unverkennbar die Anſicht, daß ſolche dem intercedirenden Weibe zur Seite ſtehen. Dieſes Letztere kann aber wieder nur auf den Fall bezogen werden, wenn das Weib mit ihrem Curator intercedirt hat. Die Zuziehung des Curators bei der Interceſſion ſoll alſo ungefähr daſſelbe bewirken, was nach Juſtinians Vorſchrift in der l. 23. C. ad SCtum Velleianum die Anwendung des instrumenti publici, d. h. ſie verhindert, daß die Interceſſion nicht ſchon von rechtswegen nichtig iſt, während dieſelbe doch noch ope exceptionis umgeſtoßen werden kann, wenn ſie nicht etwa zu den ausnahmsweiſe völlig gültigen gehört. Dieſe Auslegung, welche, wie bereits oben bemerkt wurde, mit einem ſtrengen Anhalten an die Worte des Geſetzes nicht unverträglich iſt, hat denn nun auch nicht bloß die Auctorität faſt aller Schriftſteller über das einheimiſche Recht für ſich[11]), ſondern ſie wird auch ohne allen Anſtand in der Praxis befolgt[12]). Namentlich begnügt ſich die

[11]) Mevius ad Ius Lubec. Lib. I. tit. 5. art. 7. nr. 122, 23.; und ad tit. 10. art. 1. nr. 63 — 73. Thesaurus iur. provinc. et statutar. Tom. 1. pag. 823, 4; 919; 981. Tom. 2. pag. 697, 8. N. L. Schaffshausen (praes. Io. Sam. Stryck) D. de iure singulari femin. Hamburg. Halae 1702. 4. cap. 2. §. 36. (in Oper Stryck §. 12. pag. 210.) Reimbold D. de femina mercatrice ad stat. Hamburg. P. 2. tit. 8. art. 1. Buetzovii 1779. 4. pag. 26 — 29. passim. Hartung D. de cura sexus speciatim Hamburgensi. Götting. 1791. 4. §. 30. pag. 69. not. r.

[12]) In Hamburg exiſtirt hiefür bereits ein Präjudicat vom Jahre 1686. Thesaur. cit. Tom. 1. pag. 1039. nr. XI.

Digitized by Google

Letztere in Hamburg bei der mater tutrix nicht mit einem von derſelben allein, auf das beneficium SCti Velleiani geleiſteten Verzichte, ſondern während ſie wie natürlich den Vormündereid allein ableiſtet, ſo wird der Revers auf Handtreue, wodurch ſie außer anderm auf ihre weiblichen Freiheiten und Gerechtſame verzichtet, auch von ihrem Curator mit unterzeichnet[13]). — Selbſt dem cum curatore intercedirenden Weibe ſteht daher nach dem lübiſchen und hamburgiſchen Rechte das beneficium SCti Velleiani nebſt den weiteren derſelben im gemeinen Rechte bewilligten Wohlthaten zu.

§. 7.

Dabei verordnet nun aber das lübiſche Recht ausdrücklich, daß ſie hievon keinen Gebrauch machen kann, wenn ſie ihrer fräulichen Gerechtigkeit erinnert iſt, und ſich derſelben verziehen hat[14]); und, obwohl dieſe Vorſchrift nur einen ſpeciellen Fall betrifft, ſo kann es doch keinem Bedenken unterliegen, ſie bei allen Interceſſionen der Weiber anzuwenden, und demnach einen einfachen Verzicht derſelben (die eidliche Beſtärkung dieſes Verzichts verlangt weder das Geſetz noch die lübiſche Praxis[15]) auf ihre weiblichen Gerechtigkeiten, nachdem ſie ihnen zuvor bekannt gemacht ſind, für ſtatthaft zu erachten. Denn der Fall, wo das Statut dieſes für ausreichend erklärt, iſt gerade eine Interceſſion zu Gunſten des Ehemannes, die das gemeine Recht bekanntlich am allerwenigſten begünſtigt, und von deren Zulaſſung man daher mit Sicherheit darauf ſchlie-

---

[13]) Klefecker Sammlung d. hamburg. Geſ. u. Verf. B. 4. S. 223, 4. coll. Thesaur. cit. Tom. 1. pag. 1035 — 7.

[14]) loc. not. 8. cit.

[15]) Mevius loc. not. 11. cit. Stein, Abhandl. d. lüb. R. Th. 1. p. 202.

Digitized by Google

ßen kann, daß unter gleichen Bedingungen andere Interceſſionen um ſo mehr zu geſtatten ſeien.

§. 8.

Was dagegen das hamburgiſche Recht anbetrifft, ſo geſtattet es zwar in der einzigen Stelle, die des SCti Velleiani und anderer weiblichen Freiheiten Erwähnung thut, einen Verzicht auf dieſelbe, ohne eine eidliche Beſtärkung dieſes Verzichtes zu verlangen[16]; allein in dieſer Stelle, die aus dem gemeinen Rechte entlehnt iſt, wird gerade von einem Falle gehandelt, wo auch ſchon das Letztere einen ſolchen Verzicht zuläßt[17]; und ſollte daher dieſes im allgemeinen Rechte nur als eine Ausnahme anzuſehen ſein, ſo dürfte daraus noch nicht auf die allgemeine Zuläſſigkeit ſolcher Verzichte geſchloſſen werden können, und vielmehr in dieſem Stücke das hamburgiſche Recht aus dem gemeinen, als ſeiner Quelle in dieſer Lehre, zu ergänzen ſein. Sieht man nun aber auf den wahren Sinn der hier einſchlagenden Beſtimmungen des römiſchen Rechts, ſo verdient ſicher die Meinung den Vorzug, wonach eine Verzichtleiſtung auf das SCtum Velleianum, welche das Weib bei der Uebernahme der Bürgſchaft leiſtet, in der Regel für eben ſo unverbindlich zu halten iſt, als wenn das Weib ohne ſolchen Verzicht intercedirt hätte[18]. Denn die

---

[16]) loc. not. 9. cit.

[17]) Nov. 118. cap. 5.

[18]) Donelli commentarii iur. civilis lib. 12. cap. 32. Connani commentarii iur. civ. lib. 6. cap. 8. §. 9. Bachovius ad Treutlerum Vol. 1. disp. 25. th. 4. lit. E. et F. Vinnii selectae quaest. lib. 1. cap. 48. Thomasius loc. not. 1. cit. §. 17 — 24; coll. §. 25 — 31. Averanii interpret. iur. lib. 2. cap. 5. Mevius ad Ius Lubec. lib. 1. tit. 10. art. 1. nr. 69 — 73. Hellfeld de intercession. mulier. §.

Digitized by Google

ganze Vorſchrift iſt durch die imbecillitas sexus muliebris, und durch die Beſorgniß veranlaßt, daß die Weiber, indem ſie die Gefahr künftiger Zahlungen zu geringe anſchlagen, durch Schwäche und Gutmüthigkeit in Schaden verſetzt werden möchten. Deshalb will das Geſetz Interceſſionen als Geſchäfte, die nur den Männern ziemten, angeſehen wiſſen, und erklärt die Weiber dadurch für nicht gehalten[19]). Hätte es nun aber hievon in dem Falle eine Ausnahme machen, und die Interceſſion des Weibes für rechtsbeſtändig erklären wollen, wenn ſie dabei auf die ihr eingeräumten Wohlthaten Verzicht geleiſtet hätte, ſo würde es ſich ſelbſt wieder aufgehoben haben, da ein Weib, welches ſich einmal zu einer Interceſſion bewegen läßt, ſich eben ſo leicht auch noch zum Verzicht auf das SCtum Velleianum bewegen laſſen wird. In ſolchen Fällen, wo das Geſetz aus Rückſichten des öffentlichen Wohls und auf die Schwäche des Handelnden, demſelben ein gewiſſes Vorrecht beilegt, findet daher auch ſonſt die Regel, daß Jeder dem zu ſeinem Beſten gereichenden Rechte entſagen kann, keine Anwendung[20])

§. 9.

Nun giebt es freilich viele Schriftſteller, welche einen

---

26 — 31. (in opusc. Academ. nr. 14. ed. Fischer pag. 304 — 11.) Suse D. not. 10. cit. §. 21 — 25. Weber v. d. natürl. Verbindlichkeit §. 74 a. E. u. Not. 14. Hofacker principia iuris Tom. 3. §. 4144. Thibaut Syſtem des Pandektenrechts B. 2. §. 944. Schweppe römiſches Privatrecht §. 517. med.

[19]) l. 1. §. 1; l. 2. §. 1 — 3. D. ad SC. Velleian. (16, 1).

[20]) Cf. l. 15. §. 1; l. 27. D. ad leg. Falcid (35, 2.) L. un. §. 15. C. de rei uxoriae act. (5, 13.) Weber a. dem in Not. 18. a. O.

Digitized by Google

Verzicht auf das SCtum Velleianum als gültig zulaſſen[21]; und berufen dieſelben ſich hiebei, außer auf den ſo eben bereits widerlegten Grund, theils auf eine Reihe von Geſetzen[22], theils jedenfalls auf eine entſchiedene Praxis. Allein die Unhaltbarkeit der hiefür aus den Geſetzen abgeleiteten Gründe läßt ſich leicht darthun. Die l. 30. pr. cit. zuvörderſt redet gar nicht von einem Verzichte, ſondern man leitet die Sache nur aus den Worten „vel cum sciret se non teneri“ ab, indem man hierin den Grundſatz ausgedrückt findet, daß jedes Weib, welches der Kraft des Senatusconſults kundig, doch intercedirt, nun auch gehalten ſei; dieſes alſo jedesmal der Fall ſein müſſe, wenn ſie, ihrer weiblichen Gerechtigkeit gehörig erinnert, darauf Verzicht geleiſtet habe[23]. Bei einer richtigen Auslegung läßt ſich aber dieſes in jenem Geſetze gar nicht finden; denn da hier die Entſcheidung lediglich auf den Geſichtspunkt eines dolus des intercedirenden Weibes geſtellt iſt, dieſer aber in der erwähnten Wiſſenſchaft von der Unver-

---

[21]) Westenberg principia lib. 16. tit. 1. §. 25. nr. VI. Schilter praxis iuris Rom. ex. 28. §. 8 — 11. Lauterbach collegium lib. 16. tit. 1. §. 24. Leyser medit. ad ff. spec. 170. med. 1, 2. Böhmer l. not. 1. cit. cap. 2. §. 15 — 19. Heering de fideiussor. cap. 7. nr. 466. sqq.

[22]) l. 30. pr.; l. 31; l. 32. §. 4. D. ad SC. Velleian. (16, 1.) l. 22. C. eod. (4, 29.) l. 1, 3. C. quando mulier tutelae officio (5, 35.) l. 3. C. si mater indemnit. promis. (5, 46.) coll. Pauli S. R. II. 11. §. 2. ibique Cuiacius. Nov. 94. cap. 2. Nov. 118. cap. 5.

[23]) Hofacker l. c. not. d. Lauterbach l. c. §. 24. Leyser l. c. sp. 169. med. 7, 8. Böhmer l. c. cap. 2. §. 18. not. kk.; §. 19. not. sss. v. Bülow, Abhandlungen B. 2. nr. 5. §. 2.

Digitized by Google

bindlichkeit ihrer Intercession allein noch nicht liegt, so kann bei jenen Worten des Gesetzes nur an den Fall gedacht werden, wo das Weib Jemanden zur Annahme ihrer Intercession gleich mit der arglistigen Absicht veranlaßte, künftig sich auf die Unverbindlichkeit dieser Verbürgung berufen und keine Zahlung leisten zu wollen[24]). Sucht hingegen der Gläubiger sich durch einen solchen Verzicht des Weibes zu sichern, oder der Hauptschuldner deren Intercession dadurch verbindlich zu machen, so erscheint dieses vielmehr als ein Hülfsmittel zur Umgehung des Senatusconsults, welches mithin keinen Erfolg haben kann[25]).

§. 10.

Die l. 31. cit. gehört gar nicht hieher, denn sie betrifft den Fall, wo die Intercedentinn nach geleisteter Zahlung sich der Rückforderung des Gezahlten begeben, und statt dessen an den Hauptschuldner ihren Regreß nehmen will. Dieses wird für zulässig erklärt, und soll Letzterer nicht befugt sein, sich gegen das Weib darauf, daß sie aus einer unverbindlichen Intercession gezahlt habe, zu berufen; es erklärt sich aber diese Entscheidung zur Genüge daraus, daß dem Weibe und nicht ihrem Mandanten jenes beneficium eingeräumt ist, und daß ihr selbst, wenn es zur Erfüllung der Intercession kommt, zwar das Recht zusteht, aber nicht die Verbindlichkeit obliegt, dasselbe geltend zu machen. Auf einen bei der Uebernahme der Intercession geleisteten Verzicht läßt sich also aus dieser Entscheidung nichts folgern. — Das Hauptgewicht wird nun aber von den Vertheidigern der be-

---

[24]) Thomasius l. c. §. 34. Weber a. a. O. Not. 14. Thibaut a. a. O. §. 947. Schweppe a. a. O. §. 517.

[25]) l. 29. §. 1. D. ad SC. Vellei. (16, 1.)

Digitized by Google

ſtrittenen Meinung auf die l. 32. §. 4. cit. gelegt, die ſo lautet:

> Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debebit, exceptione se non usuram, et sic ad iudicem ire.

Hier wird nämlich bereits vor der Zahlung ein Verzicht auf die Einrede des SCti Velleiani zugelaſſen, und iſt es ſicher die Meinung des Geſetzes, daß derſelbe für das Weib bindend ſein ſoll. Allein auch in dem hier entſchiedenen Falle hatte das Weib nicht gleich bei der Interceſſion verzichtet, ſondern erſt hinterdrein, als es zur Klage und Zahlung kommen ſollte, und konnte und mußte daher die Aufnahme der Klage für den Hauptſchuldner, die auch ſonſt die Stelle einer Zahlung vertrit[26]), im Geiſte des SCti Velleiani hier, wo bereits die Bürgſchaft für den Andern vorangegangen war[27]), ebenfalls der unverbotenen Zahlung für einen Andern gleich geachtet, daneben aber noch ein beſonderer Verzicht auf das durch jenes Geſetz ertheilte beneficium erfordert werden, weil man ohne denſelben keinen ſichern Beweis hatte, daß das Weib die Klage ohne Rechtsirrthum, der, im Falle eines beſtimmten Verzichtes nicht wohl mehr ſtatt finden konnte, übernehme. Hätte ſie es aber nur aus einem ſolchen Irrthume gethan, ſo würde ſie immer noch wieder haben zurück tre-

---

[26]) l. 23. D. de solutionibus (46, 3.)

[27]) Denn, beſtand die ganze Interceſſion von Anfange an nur in der defensio alterius, ſo würde das unter das SCtum gefallen ſein. l. 2. §. 5. D. ad SC. Velleianum (16, 1.)

Digitized by Google

ten können, wie ſie ja ſelbſt das, was ſie aus einer vorhergegangenen Interceſſion gezahlt hat, zurück fordern kann, wenn ſie ſich dabei irriger Weiſe für vollgültig verpflichtet gehalten hatte[28]). Auch aus dieſem Geſetze kann daher unſere Frage nicht entſchieden werden[29]).

§. 11.

Die l. 22. C. cit., die das SC. dann wegfallen läßt, wenn das Weib nach zweien Jahren ihre Bürgſchaft freiwillig beſtätigt hat, ſpricht ebenfalls eher wider als für die Gegner, indem ſie ſolcher Beſtätigung erſt nach Verlauf von zwei Jahren, wo, wenn das Weib noch bei derſelben Meinung beharrt, an eine Verleitung durch augenblickliche Schwäche und Gutmüthigkeit nicht mehr gedacht werden kann, Kraft beilegt[30]). Die übrigen Stellen des Codex und der Novellen endlich beziehen ſich ſämtlich auf den beſonderen Fall, wo entweder die Mutter, auf ihre Gefahr für ihre unmündigen Kinder Vormünder erbittet, oder ihnen für die Vormünder einzuſtehen verſpricht, oder ſolche Vormundſchaft ſelbſt übernimt; und daß hier eine Ausnahme zugelaſſen iſt, rechtfertigt ſich durch die Natur dieſer Verhältniſſe, und durch den Umſtand, daß die Weiber ſich der exceptio SCti Velleiani nicht bedienen ſollen, wenn dadurch das Intereſſe Minderjähriger verletzt wer-

---

[28]) l. 40. pr. D. de condict. indeb. (12, 6.) l. 9. C. ad. SC. Velleian. (4, 29.) coll. l. 8. §. 3. D. eod. (16, 1.) l. 26. §. 3. D. de condict. indeb. (12, 6.) Vergl. Weber v. d. natürl. Verbindlichkeit §. 75—77.

[29]) Cf. Vinnius l. c. Averanius l. c. nr. 13—17. Thomasius l. c. §. 28. Suse l. c. §. 22. Thibaut a. a. O. §. 947. lit. X.

[30]) Cf. Nov. 61. cap. 1. §. 1.

Digitized by Google

den würde[51]). Auch würde es wohl nicht leicht Jemandem eingefallen ſein, hieraus die allgemeine Zuläſſigkeit des Verzichts auf das SCtum Velleianum zu folgern, wenn nicht Juſtinian in den auf den letzterwähnten Fall ſich beziehenden Geſetzen von einem ſolchen Verzichte als einer ganz unbedenklichen Sache zu reden, und das Gewicht nur darauf zu legen ſchiene, daß dieſer Verzicht hier ſtatt finden müſſe. Allein aus einzelnen Ausdrücken und Wendungen läßt ſich in Juſtinians Verordnungen mit Sicherheit nichts ableiten, und zumal nicht in unſerm Falle, wo die Abſicht wohl vorzugsweiſe darauf gerichtet war, die Weiber von den Nachtheilen in Kenntniß zu ſetzen, welche ſie bei der Uebernahme der Vormundſchaft über ihre Kinder und Enkel bedroheten. — Durch alle dieſe Geſetze wird daher dasjenige Prinzip, welches oben aus der ratio iuris abgeleitet wurde, nicht erſchüttert; und nur das läßt ſich nach der wahren Meinung des canoniſchen Rechts wohl annehmen, daß bei einem eidlich beſtärkten Verzichte des intercedirenden Weibes auf das SCtum Velleianum ſie einer Einrede aus dieſem Geſetze ſich nicht weiter bedienen könne.

§. 12.

Dagegen aber läßt es ſich nicht in Abrede ſtellen, daß die Lehre, das Weib könne gleich bei der Interceſſion rechtsbeſtändig auf ihre weiblichen Gerechtſame verzichten, ohne daß es einer eidlichen Beſtärkung dieſes Verzichts bedürfe, ſchon ſehr alt iſt, und von je her, beſonders unter den practiſchen Schriftſtellern, viele Anhänger gefunden hat. Es iſt bereits von Andern, namentlich von Suſe, gründlich nachgewieſen, daß dieſes die im orientaliſchen Reiche angenommene Meinung

[51]) l. 12. D. de minoribus (4, 4.) Averanius l. c. nr. 20.

Digitized by Google

war[52]). Eben dieſer Meinung folgten auch die Gloſſatoren ganz entſchieden, ſo daß namentlich Accurſius ſolchen Verzicht für völlig wirkſam achtete[53]); und der Erſte, wie es ſcheint, der die Gültigkeit deſſelben beſtritt, Albericus de Rosate, bemerkt dabei ausdrücklich, daß das Gegentheil allgemein angenommen ſei[54]). Seit der Zeit aber iſt die Frage ſtets eine Controverſe geblieben, und haben ſich Meinungen dafür und dawider erklärt. Was nun die ſpätere Zeit anbetrifft, ſo iſt es vielleicht zu weit gegangen, wenn Manche, wie Schilter, Lauterbach, Leyſer und Hellfeld, die Behauptung aufſtellen, daß man in der Praxis Verzichte auf die exceptio SCti Velleiani ganz allgemein als gültig angenommen habe[55]), wie dieſes ſchon um deshalb bezweifelt werden muß, weil ſich von Alters her beſtändig ſehr viele und ſehr gewichtige Stimmen dagegen erklärt haben; indeſſen muß man doch unbedenklich ſo viel zugeben, daß jene Anſicht in der Praxis das entſchiedene Uebergewicht behalten hat. Ganz beſonders iſt dieſes da ge-

[52]) Harmenopulus in promptuario iuris lib. 3. tit. 6. §. 5. ſagt in der lateiniſchen Verſion: „Fideiubere mulier et intercedere pro nullo potest, sed nec si intercesserit eo nomine tenetur. Tum demum autem pro aliquo interveniens mulier obligatur, ... cum aperte dixerit, se iure proprio ac legi renunciare in favorem mulierum introductae, ne si intercesserint teneantur. Cf. Attaliata synopsis Basilic. tit. 23. Suse D. cit. §. 21. not. 58. Leunclavii Ius Graeco-Romanum Tom. 2. p. 22.

[53]) Vid. Azo Summa Cod. ad tit. de SCto Velleiano nr. 4, 5. Odofredus in Cod. ad l. 1. de SCto Vellei. Glossa ad l. 32. §. 4. D. und ad l. 25. C. ad SC. Velleian.

[54]) Vid. Böhmer l. not. 1. cit. cap. 2. §. 15. not. oo.

[55]) Cf. Thomasius l. c. §. 16, 17. Böhmer l. c. cap. 2. §. 15. not. oo.

Digitized by Google

ſchehen wo man die cura sexus beibehalten, und dann doch noch bei einer vom Weibe cum curatore übernommenen Interceſſion den Gebrauch des beneficii SCti Velleiani zugelaſſen hat; da hier nur ein geringes practiſches Bedürfniß jenes Senatusconſults obwaltete; und dürfte es wohl kaum zu weit gegangen ſein, zu behaupten, daß hier ſolche Verzichte, wenn das Weib ſie mit ihrem Curator leiſtete, ganz allgemein für ſtattnehmig erachtet worden ſeien. Die Praxis der verſchiedenen Länder und Städte variirt hiebei nur darin, daß an manchen Orten eine vorhergehende Belehrung des Weibes von ihren Gerechtſamen, und ein ſpecieller Verzicht auf das SCtum Velleianum für nothwendig, an andern aber, wie das auch theoretiſch richtiger iſt[56]), eine ſolche Belehrung des Weibes für überflüſſig, und es für genügend geachtet wird, wenn ſie auch nur generell auf ihre weiblichen Gerechtigkeiten verzichtet.

§. 13.

Sehen wir nun insbeſondere auf die hamburgiſche Praxis, ſo behandeln die Commentatoren der Statute es einſtimmig als eine zweifelloſe Sache, daß ein unbeſchworner Verzicht des Weibes auf das SCtum Velleianum und ihre ſonſtigen fräulichen Gerechtſame bei der Interceſſion dieſe letztere für ſie verbindlich mache, wenn nur ſo wie bei der Interceſſion ſelbſt, ſo auch bei dieſem Verzichte der Curator ſeine Zuſtimmung ertheilt[57]). Und da nun in einer vorgekommenen Rechtsſache, wo eine Frau mit ihrem Curator für einen Notarius die der

---

[56]) Cf. Leyser l. c. sp. 170. med. 2, 4. Böhmer l. c. cap. 2. §. 19. Hopacker l. c. §. 4144. v. Bülow Abhandlungen B. 2. nr. 5.

[57]) Cf. Not. 11.

Digitized by Google

öffentlichen Behörde zu leiſtende Bürgſchaft übernommen, und in der Bürgſchaftsacte zugleich ſich ihrer weiblichen Gerechtigkeiten begeben hatte, nicht nur von der öffentlichen Behörde jene Interceſſion ohne Anſtand als genügend angenommen war, ſondern auch, als die Intercedentin aus jener Verpflichtung gerichtlich in Anſpruch genommen wurde, von dem Obergerichte ausdrücklich bezeugt war, daß nach dem hamburgiſchen Gerichtsgebrauche Frauenzimmer mit ihrem Curator ohne Eid dem SCto Velleiano gültig entſagen könnten, ſo fand ſich das Oberappellationsgericht dadurch bewogen, in ſeinem Erkenntniſſe vom 15ten Junius 1825 dieſe Praxis auch für Hamburg als genugſam erwieſen anzunehmen, und dem gemäß die Beklagte mit der Einrede, daß der geleiſtete Verzicht, weil er nicht eidlich beſtärkt worden ſei, ſie nicht binde, zurück zu weiſen.

Digitized by Google

XI.

Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach germanischen Rechten.

§. 1.

Die Frage, inwieweit der Verkäufer einer Sache dem Käufer für Mängel an derselben aufzukommen verpflichtet sei, findet sich in den verschiedenen Rechten auf verschiedene Weise beantwortet. Das römische Recht, dessen Vorschriften wir jetzt in dieser Materie im Allgemeinen fast durch ganz Deutschland befolgen[1]), hat den Grundsatz, daß der Verkäufer für verborgene Mängel dem Käufer selbst dann haftet, wenn er dieselben nicht kannte, ohne hiebei darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Käufer die Waare vor der Empfangnahme besehen, ob er sie bereits empfangen hat oder nicht. Gleichwohl finden sich nicht bloß beim Pferde- und hin und wieder überhaupt beim Vieh-Handel, wo die Sache bemerkt zu werden pflegt[2]), sondern auch wohl allgemeiner beim Handel überhaupt in einigen Statuten noch jetzt erhebliche Abweichungen von jenen römischen Grundsätzen, und wird auch von einigen Schriftstellern, so wie nicht selten von Kaufleuten das Princip aufgestellt, daß im kaufmännischen Verkehre bei einem Handel auf

[1]) Eichhorn deutsches Privatrecht. §. 95.

[2]) S. z. B. Schilter praxis iur. Romani ex. 34. §. 15. Runde deutsches Privatrecht. §. 192. Eichhorn a. a. O. Mittermaier deutsches Privatrecht. §. 167.

Digitized by Google

dem Platze die Verbindlichkeit des Verkäufers für solche Mängel einzustehen, aufhöre, so wie die Waare die Wage des Verkäufers passirt habe[3]), und daß der auswärtige Empfänger einer bestellten Waare sie gleich nach ihrem Empfange zurücksenden, oder doch zur Disposition des Absenders stellen müsse, wenn er sie fehlerhaft finde, und dieses gegen den Absender geltend machen wolle[4]). — Dergleichen, vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmungen finden sich namentlich in den Statuten von Hamburg und Lübeck[5]), und es dürfte sich daher wohl der Mühe verlohnen zu untersuchen, ob nicht dem allgemeinere germanische Ansichten zum Grunde liegen, und in welchem Verhältnisse zu diesen die besonderen Rechtssätze stehen, die man noch jetzt häufig bei dem Pferde- und Vieh-Handel zu befolgen pflegt.

§. 2.

Nach dem älteren germanischen Rechte, in dessen Quellen freilich über diese Frage wenig angetroffen wird, konnte der

---

[3]) Büsch und Ebeling Handlungsbibliothek. B. 1. S. 265 — 271; S. 660 – 64. Gegen die Anwendung, die von jenem Satze in dem damals vorliegenden concreten Falle gemacht ist, hat sich mit Recht der Verfasser eines Aufsatzes in den Hamb. Addreß-Comptoir-Nachrichten v. J. 1784. St. 78 — 80. erklärt.

[4]) Hommel rhapsod. quaest. Vol. 4. obs. 536. I. H. Böhmer consil. et decision. Tom 3. P. 2. dec. 295. — Nach den herrschenden Grundsätzen des gemeinen Rechts läßt sich aber diese Ansicht nicht billigen. S. Lüderssen D. num mercator venditis mercibus adhuc actione quanti minoris adversus venditorem experiri possit? Helmst. 1801. 4. v. Berg Beobachtungen und Rechtsfälle. Thl. 2. No. 14.

[5]) Lübische Statut. Libr. 3. Tit. 6. art. 11, 15, 17. Hamburg Statuten Th. 2. Tit. 8. Art. 17.

Digitized by Google

Käufer die gekaufte fehlerhafte Sache, besonders das fehlerhafte Vieh, nur in einer kurzen Frist, die meist auf drei Tage gesetzt war, redhibiren, und selbst dieses nur unter der doppelten Voraussetzung, daß der Verkäufer den Fehler gekannt und verheimlicht hatte, und daß der Fehler ein recht erheblicher war. Nach Verlauf jener drei Tage fand nur dann noch eine Redhibition statt, wenn der Käufer den Verkäufer innerhalb derselben nicht hatte antreffen können; immer aber fiel die Redhibition weg, wenn der Verkäufer nebst einem Eideshelfer schwören konnte, daß er bei dem Abschlusse des Geschäfts den Fehler nicht gekannt habe. So verordnete es das bairische Gesetz[6]), und darnach die systematische Sammlung der Capi-

[6]) L. Baiuvar. tit. 15. cap. 9. (ed. Mederer tit. 16. cap. 9.) Hier wird zuvörderst der, auch in der L. Wisigothor. Lib. V. tit. 4. l. 7. enthaltene Grundsatz aufgestellt, daß der Verkäufer den Kauf nicht wegen Geringfügigkeit des Kaufpreises aufrufen dürfe: „sed postquam factum est negotium, non sit mutatum.“ Dabei heißt es nun aber weiter: „Nisi forte vitium invenerit quod ille venditor celavit, hoc est in mancipio, aut in caballo, aut in qualicunque peculio, id est aut coecum (al. coeco cet.) aut herniosum, aut caducum (al. cadivo) aut leprosum. In animalibus autem sunt vitia, quae aliquoties celare potest venditor. Si autem venditor dixerit vitium, stet emptio: non potest mutare. Si autem non dixerit, mutare potest in illa die, et in alia, et in tertia die. Et si plus de tribus noctibus habuerit, non potest mutare. Nisi forte eum invenire non potuerit infra tres dies, tunc quando invenerit, recipiat qui vitiatum vendidit. (In Capitul. est: „quia vitium vendidit.)“ Aut si non vult recipere, iuret cum sacramentali uno: quia vitium ibi nullum sciebam (al. sciebat) in illa die quando negotium fecimus: et stet factum.“ Diese Befugniß des Verkäufers sich von der Rücknahme der fehlerhaften Sache los-

tularien[7]), so daß man, da die übrigen Volksrechte dem nicht widersprechen, und da sich später in den verschiedensten Gegenden Deutschlands Anwendungen, wenn auch bisweilen nur specielle oder modificirte Anwendungen dieser Grundsätze finden, wohl berechtigt ist, sie für das ältere gemeine vaterländische Recht zu halten[8]).

§. 3.

Zur Unterstützung dieser Ansicht dient es, daß sich ganz ähnliche Bestimmungen im angelsächsischen und in den alten schwedischen Rechten finden. Ersteres enthält die dem Gegenstande nach allgemeine Vorschrift, daß der Käufer einer Sache zu deren Rückgabe berechtigt ist, wenn er in den ersten dreißig Tagen Fehler daran entdeckt, insofern nicht der Verkäufer zu schwören vermag, daß dieselben ihm zur Zeit des Handels unbekannt gewesen seien[9]). Nach den älteren schwedischen Rechten dagegen wurde, mit Ausnahme des Handels den man mit einem Fremden auf offenem Markte geschlossen hatte, und

---

zuschwören, könnte der Wortfassung nach auf den unmittelbar vorhergehenden Fall, wo der Verkäufer in den ersten drei Tagen nicht anzutreffen war, beschränkt werden; die Meinung des Gesetzes ist dieses aber sicher nicht, sondern es muß das eben so gut da gelten, wo die Redhibition innerhalb der drei Tage verlangt wird; denn die Lage des Käufers kann dadurch, daß der Verkäufer nicht anzutreffen ist, nicht verschlimmert werden.

[7]) Capitul. lib. V. cap. 362. (Baluzius Tom. 1. col. 901.)

[8]) Cf. Heineccii elem. iur. German. Tom. 1. lib. 2. §. 395.

[9]) Lex Inae 56. (ap. Wilkins pag. 23, 24.) „Si quis rem aliquam mercatus sit, et ille intra triginta dies aliquid vitiosum in ea repererit, tunc restituat rem illam emptam manibus venditoris, vel iuret, se nihil vitii in ea novisse, cum illam ipsi venderet.“

Digitized by Google

der gar nicht gewandelt werden konnte, der Kauf eines Pferdes, eines Rindes und ähnlicher Gegenstände als ein Kauf auf Probetage, Fråstmarck, deren es in der Regel drei gab, angesehen, und stand es innerhalb derselben dem Käufer frei, die Sache zurückzugeben, wenn er Fehler an derselben entdeckte, ohne das es hier dem Verkäufer gestattet gewesen zu sein scheint, dem durch die eidliche Erhärtung seiner Unwissenheit zu entgehen[10]). Diese sämmtlichen Rechte kennen übrigens auch nur eine Redhibition der fehlerhaften Sache, aber keinen Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises, wenn der Käufer es etwa vorziehen sollte, die Sache zu behalten; und mag hierin vielleicht die Quelle der schon oben erwähnten Meinung liegen, daß im kaufmännischen Verkehr nur eine Redhibition statt finde.

§. 4.

Sodann aber spricht sich in diesen Rechten noch positiv

---

[10]) Stiernhööck de antiquo iure Sueonum lib. 2. cap. 5. pag. 232 — 4. Guta-Lagh cap. 43 — 46. (ed. Schildener pag. 67 — 69.) So viel scheint aber wenigstens aus diesem letzteren Rechte hervor zu gehen, daß man nicht willkührlich, sondern nur wegen gewisser, in den Gesetzen bestimmter Hauptmängel, redhibiren durfte. Das neueste schwedische Recht hat im Pferdehandel die drei Probetage beibehalten, übrigens aber die Befugniß zur Redhibition erweitert, indem sie an keine Zeit gebunden ist, und gestattet wird, der Verkäufer mag die Fehler gekannt haben oder nicht. Von einer actio oder exceptio quanti minoris ist aber auch hier noch keine Spur. Ius Suecic. a. 1736. Tit. de iure mercandi cap. 1. §. 4. (ed. König pag. 168.) — In Spanien erhielten die Hanseaten im Jahre 1607 das Privilegium, nur drei Tage für die Güte der von ihnen verkauften Waaren einstehen zu müssen. Marquard de Iure Mercator. lib. 2. cap. 9. nr. 75. pag. 285.

Digitized by Google

theils die Idee aus, die sich auch im älteren römischen Rechte findet[11]), daß der Käufer es tragen muß, wenn sich hinterher heimliche, dem Verkäufer zur Zeit des Vertrages unbekannte Mängel an der Sache entdecken, theils die Sorge, dem Käufer, ehe er fest an den Handel gebunden sein soll, Gelegenheit zu verschaffen, die Tauglichkeit der Sache gehörig zu erproben. — Daher bei dem Kaufe von Pferden, Kühen und andern Thieren, denen man die sie zum beabsichtigten Gebrauche untüchtig machenden Fehler nicht immer auf der Stelle ansehen kann, die Probetage, von denen es die übrigen Rechte, mit Ausnahme des angelsächsischen, wenigstens sehr zweifelhaft lassen, ob sie auch bei anderen Gegenständen statt gefunden haben, oder ob nicht vielmehr der Käufer diese unbedingt behalten mußte, wenn er sie einmal erhandelt und an sich genommen hatte. — Fragt man nun, wie sich die Sache in der späteren Zeit gestaltet hat, so sind, wie das in ähnlichen Fällen öfters ergangen ist, mehrentheils die allgemeinen Grundsätze, die man in die Rechtsbücher und Statuten nicht aufgenommen hatte, weil man darin nur das Gewöhnliche und häufig Vorkommende aufnahm, vergessen, und dafür die des römischen Rechtes adoptirt, dagegen aber häufig die besonderen Normen, denen man beim Pferde- und Vieh-Handel folgte, und die sich in den Rechten oft aufgezeichnet fanden[12 a.]), bei-

---

[11]) Cicero de officiis lib. 3. cap. 16.

[12 a.]) S. z. B. Dey aude Schrae van Soist art. 58. (ap. Emminghaus memorab. Susat. pap. 157.) Magdeb. Recht v. J. 1304. Art. 37. (bei Schott Samml. B. 1. S. 63.) Art. 36. (bei Gaupp das alte magdeburg. Recht. S. 283.) Sächs. Weichb. Art. 97. Schles. Landr. Th. 4. Tit. 14. dist. 19, 20. (bei Böhme diplomat. Beitr. Th. 5. S. 11.) Leg. Goslar. lib. 2. tit. Van Gerichte. §. 161—3. (ap. Leibnitz script.

behalten worden; wodurch denn freilich ein eigenes Misverhältniß der Rechte entstanden ist. Denn während der Käufer eines Pferdes in dem früheren Rechte aller Wahrscheinlichkeit nach vor dem anderer Gegenstände begünstigt, wenigstens auf keinen Fall schlimmer gestellt war, als dieser; sind seine Rechte jetzt in doppelter Hinsicht, nämlich theils in Betreff der Mängel, wegen welcher, theils in Betreff der Zeit, in welcher er den Handel wieder aufheben kann, viel eingeschränkter als bei dem Kaufe anderer Dinge, wobei man die Grundsätze des neueren römischen Rechtes befolgt[12b].

---

rer. Brunsvic. Tom. 3. pag. 522.) Frankfurt. Reformat. Th. 2. Tit. 9. §. 4—7; vergl. mit d. Raths-Verordn. v. 27sten Jul. 1717. (Beyerbach Samml. d. frankfurt. Verordn. Th. 4. S. 840); v. J. 1626. (ebendas. S. 844, 5.) Cf. Leges Gula-Thingenses Kaupa-Bólkr. cap. 16. ed. Arna-Magnaeor. pag. 503, 4. wo es in der lateinischen Uebersetzung heißt: „Si quis ab altero equam vel pecus quoddam domesticis aptum usibus emerit, in pecoris emti et abducti ipsa emtor versatur periculo. Quicquid pecoris quis alteri vendiderit, probe caveat venditor vitio fraudulenter celato laboret. Vitia equorum occulta sunt, defectus visus et auditus, hernia, perpetua claudicatio vel cespitatio, si equus refractarius sit vel refugus in furorem repentinum prae pavore rapi solitus. Vitio autem alius generis pecori vertitur domestico, si ex se ipso lac suxerit. Tale pecus vel venditor ipse retineat, vel iuramento interposito neget se scisse occulto pecus laborasse vitio, quod intra primum a contractus tempore mensem elapsum emtori innotuerit.“

[12b].) Zwar hat man hier mit der Interpretation nachhelfen, und wegen anderer als jener Hauptmängel zwar nicht eine Redhibition, aber doch eine actio oder exceptio quanti minoris zulassen wollen (S. z. B. Orth Anmerk. z. frankfurt. Reform. 1ste Forts. S. 9, 10, 13, 14.); allein es verstößt dieses sowohl ge-

Digitized by Google

§. 5.

So wie nun aber noch nach dem heutigen englischen Rechte der Verkäufer einer Waare für deren Mängel nicht anders aufzukommen braucht, als wenn er ihre Güte guarantirt (warrants it to be sound and good.), oder die Fehler gekannt und verheimlicht hat, oder wenn dieselben die Sache zu einer anderen machen, als wofür sie verkauft war[13]); so finden sich auch noch in mehreren neueren deutschen Statuten, namentlich in den hamburgischen und lübeckischen, solche allgemeine, mit dem älteren Rechte zusammenhängende Bestimmungen über den Wandel einer gekauften Sache. Zuvörderst gehört es schon einigermaßen hieher, daß das lübische Recht, selbst wenn der Gottespfennig bei einem Handel bereits gegeben und genommen war, es beiden Theilen, dem Käufer sowohl als dem Verkäufer gestattet denselben zurück zu geben oder zurück zu fordern, und dadurch den Handel rückgängig zu machen, wenn sie noch nicht den Fuß verwandt haben, oder noch nicht auseinander gegangen sind[14]), indem dadurch dem Käufer

---

gen die Meinung der einheimischen Rechte, die wegen anderer als genannter Mängel, den Verkäufer zu nichts verpflichtet wissen wollen (Carpzov Defin. for. P. 2. const. 34. def. 17. Mevius ad ius Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 17. nr. 1 — 5. Cf. supra not. 2.); als auch gegen die Grundsätze des gemeinen Rechts, welches bei überhaupt prästablen Mängeln dem Käufer die freie Wahl zwischen der Wandelungs- und Minderungs-Klage einräumt. (Feuerbach civilistische Versuche Th. 1. nr. 2.)

[13]) Blackstone commentaries b. 2. ch. 30. ed. 15. pag. 450, 1. ibique et not. 9.

[14]) Lübisches Recht im Cod. Lat. a. 1235. art. 86. (ap. de Westphalen monum. ined. III, 629.); im deutsch. Cod. v. 1240. Art. 79. (ibid. 648.); im Cod. Brok. I. Art. 80; II. Art.

Digitized by Google

Gelegenheit ertheilt wird, auch wegen sofort, aber doch erst nach Abschluß des Handels entdeckter Mängel der Waare von demselben wieder zurückzutreten. Ganz besonders aber ist es die in beiden Rechten vorkommende Vorschrift, daß eine Waare, die der Käufer besehen und darauf an seine Were genommen hat, nun auch von ihm behalten und bezahlt werden muß, wenn er nicht etwa mit dem Verkäufer eine andere Vereinbarung getroffen hat.

§. 6.

Diese Bestimmung findet sich zuerst, aber nur in specieller Beziehung auf gekauftes Tuch, in dem lübischen Rechte vom Jahre 1240, und geht dann durch die späteren deutschen Recensionen dieses Rechtes durch [15]). Sie lautet in dem hier am klarsten gefaßten zweiten Brokischen Codex dahin:

> Verkofft ein Minsche dem andern Wand, unde dat in sine Were entfanget, unde is dat Wand denne thoreten binnen, wil he dijennen darumme schuldigen, dar he dat affgekofft heft, unde doer de ander dat in den Hilligen

---

259; III. 239; und in den revid. Statuten lib. 3. tit. 6. art. 6. Cf. Ius. civ. Ripense (ap. Ancher farrago leg. ant. pag. 265.)

[15]) Cod. v. 1240. Art. 101. (de Westphalen III. 651.) Cod. Brok. I. Art. 101; II. Art. 316; III. 267. Das revid. lüb. Recht lib. 3. tit. 6. art. 11. wiederholt diese Vorschrift ganz eben so, nur mit dem Zusatze: „es wäre denn ein anderes unter ihnen bedingt und abgeredet." Bei gekauften Schweinen gestattet dagegen der Cod. v. 1240. Art. 243. (de Westphalen III, 668.) die Rückgabe, wenn sich nachher Fehler finden, die man bei der gewöhnlichen Art der Besichtigung nicht entdecken konnte. Die späteren Codices (s. Not. 17.) befolgen aber auch hier das allgemeine Prinzip.

Digitized by Google

ſweren, dat he dat nicht en wuſte, ſo dorff he em tho den Schaden nicht antwerden.

Allgemein verordnet dagegen das hamburgiſche Recht[16]), und zwar nach der Recenſion vom Jahre 1292:

So wan ſo ein man coft einen coep unn godes pennning dar op ghift, de coep ſcal to recht ſtede weſen, is it varende have. Id ne ſcal aver nen man ghan uth der ſtat umme goet vore to copende, ſo we dat deit, de ſcal dat beteren mit III marken zulveres dheme rade. Quame aver ein man in dhe ſtat vor ſineme goede unn vercofte he id eir id queme, dat moet wol ſin, behalven Korne. So welkerhande goet ein man coft unn beſuth unn an ſine were bringhet, dat ſcal he ghelden. Ware aver koren ofte holt an eneme ſchepe, unn boven beter were denne neden, unn nicht gheſeghet wurde, ſo wat ein man des goedes an ſine were bringhet, dat ſcal he ghelden, unn dat andere nicht, unn de id valſchelike in dheme ſchepe hevet ſcal id beteren mit III Mark zulvers. Coft ein man quic unn beſuth he id, he ſcal id ghelden. Ein man moet wol ſwin beſen dar he ſe coft ofte ſe gheve ſin. Coft och ein man ein perth dar ne darf he nicht ane waren den men dar ane ſuth, ſunder hovetſeec, ere vorwort ne ſin anders.

Dieſe Vorſchriften haben denn auch die ſpäteren Recenſionen des lübiſchen Rechtes, mit Ausnahme der neueſten, im Weſentlichen adoptirt[17]), und iſt daraus in die jetzt gel-

---

[16]) Hamb. Statut v. 1270. VI, 27; v. 1292. G. 22; v. 1497. L. 5. und M. 13.

[17]) Lüb. Recht, im Cod. Brox. II. Art. 283—7; III. Art. 249, 256—9. 336. colL 379 u. 389.

Digitized by Google

tenden Statuten Hamburgs die Bestimmung geflossen: „Wenn ein Mann Korn, Holz, Ochsen, Schweine, Schafe, Pferde und dergleichen fahrende Haab, auf dem freien Markte, oder auch in den Schiffen, besehen und gekaufft, auch darauf an seine Behausung und Gewehr gebracht hat; das muß er, ohne alle Exception, gelten und bezahlen: es wären denn ihre Vorworte anders[18])."

In dem revidirten lübischen Rechte aber haben sich diese Grundsätze ganz nach den Principien des gemeinen Rechtes zustutzen lassen müssen, und heißt es dort in zweien Artikeln:

„Werden verkaufte Ochsen, Schweine, Hammel und ander Vieh, ungesund befunden, die muß der Verkäuffer wider zu sich nehmen. Hat er darum Wissenschaft gehabt und also vorsätzlich ungesund Vieh verkaufft, soll er derentwegen für dem Wette gestraft werden."

„Kauft jemand, es sei was es für Gut wolle, wenn er dasselbe zuvorn zur Genüge besehen, da es kann besehen werden, solches muß er bezahlen; können aber die Gebrechen mit menschlichen Sinnen nicht begriffen, und gleichwohl hernachmals, die Waaren untüchtig befunden werden, soll man die Bezahlung dafür zu thun nicht schuldig sein, unangesehen daß der Käuffer das Gut in sein Gewehr gebracht. Wäre aber der Verkäufer in dolo, so wird er darum billig gestrafft[19])."

---

[18]) Hamb. Statut. v. 1603. P. 2. tit. 8. art. 17.

[19]) Revid. lüb. Recht. lib. 3. tit. 6. art. 14 u. 15. Cf. Burghardi (praes. Ayrer) D. de consensu et dissensu iur. Lubec. circa emt. et vendit. Götting. 1767. §. 6. in f. (Gesterding thesaur. T. 1. p. 374, 5.)

Digitized by Google

§. 7.

Sieht man nun auf die eigentliche Bedeutung der in diesen Gesetzen enthaltenen Vorschrift, so betrifft dieselbe im älteren hamburgischen und auch in den früheren Recensionen des lübischen Rechts, wenn man von der Stelle, welche von dem inwendig beschädigten Tuche handelt, absieht, zunächst gar nicht die Frage nach der Gewähr für Mängel der verkauften Sache, sondern es soll damit recht eigentlich bestimmt werden, wann ein Handel bindend und für den Käufer verpflichtend sei. In der Hinsicht werden nun zwei Fälle unterschieden, der Handel mit einem Gottespfennige, und der ohne denselben. Der Erstere ist sofort für beide Theile verbindlich, nur daß nach lübischem Rechte noch die Rückgabe des Handgeldes bei unverwandtem Fuße, und dadurch ein Rücktritt vom Handel gestattet ist; der Letztere hingegen soll den Käufer nicht eher binden, als bis er die Waare besehen und an sich genommen hat. Dann aber heißt es, „dat scal he ghelden". Das Empfangen der Waaren nach dem Besichte vertritt mithin die Stelle des gegebenen Gottespfennings, und gilt als eine ernstliche Erklärung des Käufers, nunmehr unwandelbar an den Handel gebunden sein zu wollen. Es erfordern aber unsere Statuten, eine gleich näher zu erwähnende Modification des neueren lübischen Rechts abgerechnet, nicht bloß, wie sich das wohl anderswo vorgeschrieben findet[20]), alternative das Empfangen der gekauften Waare, oder das Besehen derselben, sondern sie erfordern, ohne übrigens ein Gewicht darauf zu legen, was vorangegangen ist, beides copulative. Daß nämlich dieses Letztere die Meinung der Statuten sei, das geht nicht nur aus der wörtlichen Fassung der Vorschrift in dem

[20]) Vergl. unten Note 25.

Digitized by Google

älteren und neuen hamburgischen Rechte hervor, sondern es ist das in zweien Recensionen des lübischen Rechts auch noch bestimmt hervorgehoben. Die auch sonst zur Erläuterung der Sache sehr erhebliche Stelle lautet hier so:

„Welkerhande Gudt, dat ein Minsche kofft, unde besüth, unde in sine Were bringet, dat schal he betalen, men kofft he dat Gudt, unde in sine Were nicht en bringet, so steit dat in sinem Behage, wor he den Koep entfangen will, ofte nicht. Queme dat aver ock in sine Were, unde he dat thovorn nicht beseen hadde, so steit idt aver (d. h. abermals, ebenfalls) in sinem Behage, wor he dat beholden wil, edder nicht[21]).

Also wenn nicht die gekaufte Waare sowohl besehen als empfangen war, so stand dem Käufer noch der Rücktritt von dem Handel frei, und zwar, wie ausdrücklich bemerkt wird, ganz nach Willkühr.

§. 8.

Zwar ist dieses auf den ersten Blick auffallend, indem der Handel als geschlossen angeführt wird, und möchte man darnach geneigt sein anzunehmen, die eigentliche Meinung der Stelle gehe nur dahin, daß wenn sich eine Fehlerhaftigkeit der Waare vor dem Empfange oder vor der Besichtigung derselben entdecke, es nun noch in dem freien Belieben des Käufers stehen solle, ob er den Handel bestehen lassen wolle oder nicht. Allein mit einer solchen Auslegung würde nicht nur den Worten des Gesetzes Zwang angethan, indem von inzwischen entdeckten Mängeln der Sache in der Stelle gar nicht die Rede ist, sondern, sie erscheint auch deshalb ganz verwerflich, weil, wie oben bereits aus dem alten schwedischen Rechte

[21]) Cod. Brok. II. Art. 283; III. 249.

nachgewiesen wurde, und sich Aehnliches auch im englischen Rechte findet[22]), es auch anderswo nichts Unerhörtes war, daß man dem Käufer die Befugniß zugestand, sich bis zum wirklichen Empfang der besehenen und gekauften Waare zu besinnen, ob er nicht lieber von dem ganzen Handel abstehen wolle, und weil ja ein Gleiches noch heute zu Tage bei einem auf Besicht geschlossenen Handel eintritt[23]). Wenn übrigens der Käufer bereits den Empfang der besehenen und erstandenen Waare begonnen hatte, so sollte er nun auch zur Annahme des noch rückständigen gehalten sein, wenn dieses nicht etwa schlechter ausfiel, als dasjenige, was bei dem vorgenommenen Besichte oben auf gelegen, und deshalb allein hatte untersucht werden können. Denn dadurch, daß der Käufer angefangen hatte, die Waare an seine Were zu nehmen, war sie in der von ihm zu ersehenden Beschaffenheit von ihm genugsam gebilligt, und es mußten jetzt besondere Gründe eintreten, wenn er berechtigt sein sollte, diese Billigung für einen Theil der Waare wieder zurück zu nehmen und den Handel

---

22) Auffallend stimmt dieses mit den Grundsätzen des älteren hamburgischen und lübischen Rechts über die Perfection des Kaufcontracts überein. Nach dem noch jetzt geltenden englischen Rechte nämlich, kann weder der Verkäufer noch der Käufer aus einem Kaufcontracte klagen, wenn dabei weder die Waare, sei es auch nur zu einem kleinen Theile, abgeliefert, noch wenigstens eine kleine Abschlagszahlung gemacht, noch eine Arrha gegeben, noch endlich ein Zahlungstag bestimmt ist. Beawes lex mercatoria tit. of contracts ed. 2. pag. 405. Blackstone commentaries book 2. ch. 30. Tom. 2. pag. 446 — 8. ed. 15. — So stand es mit der Klagbarkeit der nuda pacta in früherer Zeit! —

23) S. die folgende Abhandlung.

Digitized by Google

zu theilen. Daß aber die ganze Vorſchrift recht eigentlich darauf beruhe, daß der Käufer die Waare gebilligt habe, geht noch beſonders daraus hervor, daß das neuere und das revidirte lübiſche Recht den Käufer auch ſchon vor dem Empfang der Waare an den Handel binden, wenn er erklärt, dieſelbe zur Genüge beſehen zu haben. So dürfte nämlich die zuerſt im dritten Brokiſchen Codex allgemein anzutreffende Vorſchrift:

Welck Man dem anderen ſulven wat affkoeft, unde id beſůt thor Noege, de modt id betalen[24]);

zu verſtehen ſein, da man ſie nicht für eine Aenderung des Satzes, daß der Käufer bis zum wirklichen Empfang der beſehenen Waare den Kauf wandeln könne, anſehen kann, indem dieſe letztere Vorſchrift in jenem Codex ebenfalls noch enthalten iſt.

§. 9.

Bei dieſer Anſicht von dem Sinne jener Vorſchriften entſteht nun freilich das Bedenken, ob ſie überall etwas davon enthalten, in welcher Maaße der Verkäufer für die Mängel der veräußerten Sache einſtehen, oder nicht einſtehen ſoll. Dieſes iſt aber allerdings doch der Fall, denn das Beſehen der Waare ſollte ja offenbar dem Käufer dazu dienen, um ſich von der Beſchaffenheit und der Güte derſelben überzeugen zu können, und wird es ihm gerade in dieſer Hinſicht geſtattet, das, was im Schiffe zu unterſt lag, und was er deshalb nicht beſehen konnte, aufzuſchießen, wenn es ſich ſchlechter befindet, als was zu oberſt gelegen hatte und beſehen worden war. Wegen ſichtbarer Mängel konnte er daher jetzt gewiß keine Beſchwerde mehr erheben, aber auch wegen unſichtbarer

[24]) Cod. Brok. III. Art. 336. coll. revid. lůb. Recht Libr. 3. Tit. 6. art. 15. Beim Viehhandel hat die Vorſchrift ſchon Cod. Brok. II, 285; III, 257.

Digitized by Google

nicht; denn das Gesetz erklärt ihn jetzt schlechthin für verpflichtet, die empfangene Waare zu bezahlen, ohne der Ausnahme, wenn sich bisher verborgene Fehler an derselben zeigen, zu gedenken. Diese Unterlassung muß aber für entscheidend gehalten werden, da es doch keineswegs als etwas sich von selbst Verstehendes angesehen werden kann, daß der Verkäufer für ihm selbst unbekannte Mängel einer verkauften Sache einstehen muß; da ferner auch sonst in diesen Statuten eine Verbindlichkeit des Verkäufers zur Gewähr für heimliche Mängel nicht erwähnt, vielmehr im lübischen Rechte bei verkauftem Tuche bestimmt das Gegentheil verordnet wird; da außerdem das germanische Recht eine solche Gewährleistung nicht weiter kannte, wenn einmal der Handel vollständig abgeschlossen war[25]), und da man endlich aus der besonderen Vorschrift, welche die alten hamburgischen Statuten am Schlusse des

---

[25]) Außer den hiefür schon oben §. 2—5. aus germanischen Gesetzen, dem schwedischen und englischen Rechte angeführten Belegen, gehört hieher noch eine Stelle aus dem norwegischen Rechte des dreizehnten Jahrhunderts, die so lautet: „Si quis rem antea a se non visam ab altero emerit, ejusdem periculo obstrictus esto venditor, usque donec eadem emtori, aut ejus mandatario, cui, testibus adhibitis rem recipiendi curam mandarat, tradita fuerit nisi de re inter contrahentes aliter convenerit testibus praesentibus.“ Leg. Gula-Thingenses. Kaupa-Bólkr. cap. 17. edit. Arna-Magnaeor. pag. 505. Zwar redet diese Stelle nur von dem periculum, was respective der Verkäufer oder der Käufer zu tragen haben soll; allein die Vergleichung mit dem vorhergehenden 16ten Capitel (s. Note 12.) ergiebt, daß das Hervortreten bisher unbemerkter Fehler und Mängel zum Risiko gerechnet wird, wie es auch gar füglich angesehen werden kann.

Digitized by Google

Gesetzes über den Pferdehandel enthalten, ersieht, daß bei der Abfassung desselben auch an den Fall vorhandener verborgener Fehler gedacht worden ist. Implicite liegt also in unsern Statuten schon nach den älteren Recensionen der Grundsatz ausgesprochen, daß nach perfectem Verkaufe der Käufer es tragen muß, wenn sich nun noch Mängel an der erkauften Waare entdecken, mögen diese offen vorgelegen haben und bei der Besichtigung wahrzunehmen gewesen sein, oder nicht. Noch entscheidender ergiebt sich dieses als die Meinung der Vorschrift nach der Fassung, welche dieselbe in den neuesten lübischen und hamburgischen Statuten erhalten hat. In den lübischen Statuten leuchtet dieses von selbst ein. Denn, obwohl hier im Eingange des Gesetzes bloß verordnet ist, daß das zur Genüge besehene Gut vom Käufer bezahlt werden soll, was man allenfalls auf die Perfection des Geschäftes beziehen könnte, so ergiebt doch der in den gleich hierauf folgenden Worten: „können aber die Gebrechen mit menschlichen Sinnen nicht begriffen werden" mit dem Vorhergehenden aufgestellte Gegensatz ganz klar, daß der Gesetzgeber im Eingange des Artikels die Bestimmung treffen wollte, daß eine Waare, die der Käufer zuvor zur Genüge besehen hatte, ohngeachtet daran befindlicher Mängel und Gebrechen, bezahlt werden müsse. Aber auch in dem hierher gehörigen Artikel der neuesten hamburgischen Statuten liegt das Gewicht offenbar darauf, daß der Käufer die besehene und empfangene Waare ohne alle Exception gelten und bezahlen soll; und es ist daher sicher nicht mehr der Zweck, eine Vorschrift über die Perfection des Handels, welche man am Ende des sechszehnten und im siebzehnten Jahrhundert bei uns schwerlich mehr von dem Besehen und Empfangen der Waare abhängig machte, sondern vielmehr der, eine Bestimmung dar-

Digitized by Google

über zu treffen, daß der geschlossene Handel vom Käufer unter keinerlei Vorwand, also auch nicht unter dem an der Waare vorgefundener Mängel, wieder rückgängig gemacht werden könne, wenn er die Waare besehen und darauf auch wirklich in seine Were genommen habe. Dieses bestätigen auch noch die Schlußworte des Artikels in den hamburgischen Statuten „es wären dann ihre Vorworte anders", welche in den älteren Recensionen fehlen, und die keinen geeigneten Sinn geben, wenn man in dem Gesetze zunächst eine Bestimmung darüber, wann der Handel perfect sein solle, finden wollte, die aber eine ganz passende Verfügung enthalten, wenn man den Artikel auf die eben angegebene Weise versteht. Sind nun aber die erwähnten Artikel in den revidirten lübischen und hamburgischen Statuten als Bestimmungen über die wegen Mängel an der verkauften Sache eintretenden Verhältnisse anzusehen, so läßt sich daraus mit Sicherheit jedenfalls so viel schließen, daß die Stellen der alten Statuten, woraus diese Artikel der neuen abgeleitet sind, so verstanden worden seien, daß sie eine solche Bestimmung, wenigstens folgeweise mit enthielten.

§. 10.

Geht man übrigens auf den Inhalt dieser Gesetze näher ein, so fragt es sich zuvörderst, auf welche Gegenstände sie sich beziehen? Sie gehen aber nur auf verkaufte fahrende Habe, nicht auf Liegenschaften, und ist es in der That zweifelhaft, ob bei diesen Letzteren nach vollständig abgeschlossenem Handel gar kein Wandel mehr, oder ob er vielleicht bis zur gerichtlichen Verlassung statt fand, welches Erstere freilich das Wahrscheinlichere ist, da bei der verkauften Liegenschaft schlechthin und ohne Einschränkung gesagt wird, der Verkäufer müsse

Digitized by Google

sie verlassen und der Käufer sie sich zuschreiben lassen[26]), und da bei diesen Gegenständen, wo heimliche Mängel überhaupt seltener sind, gewiß in der Regel ein genaues Besehen dem Abschluß des Kaufes voraufgeht. Da sich nun aber bei Liegenschaften ein eigenthümliches Princip des Particularrechts jedenfalls nicht klar und bestimmt ausspricht, so wird vorkommenden Falls nichts übrig bleiben, als hiebei den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu folgen[27]). Bei fahrender Habe dagegen ist die Vorschrift der Statuten ganz allgemein zur Anwendung zu bringen, mag dieselbe bestehen, worin sie will. Das lübische Recht läßt hierüber schon nach seiner Wortfassung keinen Zweifel; und wenn man auch nach den neuesten hamburgischen Statuten, wo anfangs nur Consumptibilien und Pferde genannt sind, und der Artikel die Vorschrift demnächst nur auf „dergleichen fahrende Haab" erweitert, an sich geneigt sein könnte, die Dispositition auf Gegenstände der Consumption zu beschränken[28]), so leiden doch jene Worte auch

---

[26]) Hamb. Statut. von 1270. I. 6; von 1292. C. 2; von 1497. G. 2. coll. von 1603. P. 1. tit. 30. art. 3. und P. 2. tit. 8. art. 6, 7. — Im revidirten lübischen Rechte heißt es freilich a. a. O. „es sei was für Gut es wolle", und könnte man hienach der Meinung sein, daß es mit auf Immobilien gehe; allein sowohl der Verfolg des Artikels, wo dafür „Waaren" genannt werden, und von einem „Bringen des Gutes in die Gewehr des Käufers" geredet wird, so wie die älteren Recensionen dieses Rechts geben genugsam zu erkennen, daß doch nur fahrende Habe gemeint ist.

[27]) Das gemeine Recht läßt das ädilitische Edict bekanntlich bei Grundstücken, wie bei Mobilien eintreten. l. 1. pr. l. 49. D. de aedilitio edicto (21, 1.)

[28]) Darauf scheint die Meinung von Klefecker (Samml. d. hamb. Ges. Bd. 5. §. 418. S. 51.) hinauszugehen.

Digitized by Google

die Auslegung, daß die Vorschrift des Artikels auf gleiche Weise bei andern Gegenständen, soferne es nur Mobilien oder Moventien sind, Anwendung finden solle, und muß diese letztere Auslegung, da die älteren Statute, gleich dem lübischen Rechte, die Vorschrift ganz allgemein für alle fahrende Habe aufstellen, und da es auch für die angegebene Beschränkung an einem genügenden Rechtsgrunde fehlt, unbedenklich vorgezogen werden. Auch ist sie bereits in einer gleich näher zu erwähnenden Rechtssache vom Oberappellationsgerichte in Uebereinstimmung mit den vorigen Richtern contradicto iudicio angenommen worden.

§. 11.

Wo der Handel geschlossen und die Waare besehen war, darauf ist in dem älteren hamburgischen und selbst in dem revidirten lübischen Rechte gar kein Gewicht gelegt, so daß das Gesetz gewiß eben so gut seine Anwendung fand, wenn die Waare im Hause oder auf dem Speicher des Verkäufers, als wenn sie auf dem öffentlichen Markte erstanden war. Das neueste hamburgische Statut dagegen redet bloß von einem Besehen und einem Ankauf „auf dem freien Markte oder auch in den Schiffen", und es versteht daher Mevius[29]) das Statut auch bloß von einem öffentlichen Kaufe. Nach der Wortfassung des Gesetzes könnte es denn auch bedenklich scheinen, über die dort genannten Fälle hinauszugehen, denn hienach scheint die Vorschrift eigentlich nur einen Handel auf dem öffentlichen Markte betreffen zu sollen, und der in den Schif-

[29]) ad Ius Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 15. nr. 13. — Die Commentatoren des hamb. Rechts berühren die Frage gar nicht, mit Ausnahme von J. J. Müller, der sie aber doch nur aufwirft, ohne sie zu beantworten. Vid. Thesaur. iur. prov. et statut. Abtheil. 2. S. 722.

Digitized by Google

sen nur als eine, wegen Aehnlichkeit der Verhältnisse noch zu gestattende, Erweiterung derselben beigefügt zu sein; und dürfte es um so bedenklicher sein, das Gesetz nach dem alten Rechte generell zu nehmen, da es wohl möglich wäre, daß die Verfasser der revidirten Statute recht absichtlich die Vorschrift auf jene Arten des Handels beschränken wollten, wobei ja, wie wir oben bereits an dem Beispiele des alten schwedischen Rechtes gesehen haben, auch anderswo der Verkäufer weniger, als bei anderen Arten des Handels zu gewähren verpflichtet war. Dennoch aber ist die Erwähnung des Ortes, wo die Waare vor dem Ankaufe besehen wird, eine so beiläufige, und kündigt sich das Gesetz in der Hinsicht so wenig als ein das ältere Recht abänderndes an, daß man füglich Bedenken tragen muß, eine solche Aenderung, woran ja auch in dem verwandten lübischen Rechte gar nicht gedacht ist, als geschehen anzunehmen, und vielmehr die Erwähnung des Kaufs auf dem Markte und in den Schiffen nur als eine beispielsweise anzusehen hat. Dafür ist denn auch sicherem Vernehmen nach die hamburgische Praxis ganz entschieden.

§. 12.

Nach den älteren Recensionen des hamburgischen und lübischen Rechts wird ferner darauf kein Gewicht gelegt, daß das Besehen der Waare dem Empfange derselben vorangegangen sei, sondern es wird nur erfordert, daß Beides statt gefunden habe, gleichviel in welcher Zeitfolge. War mithin das Gekaufte eher empfangen als besehen, so stand es freilich einstweilen in dem Belieben des Käufers, den Kauf wieder zu wandeln, allein dieses doch nur so lange, bis er den Besicht nachgeholt, und sich dann nicht bei der Waare beruhigt hatte. Es lag aber hiebei gewiß in der Meinung der Contrahenten, daß der Besicht gleich, nachdem der Käufer die Waare in

Digitized by Google

seinen Gewahrsam erhalten hatte, vorgenommen, und daß gleich nach dem Besichte die Redhibition erfolgen sollte, wenn der Käufer mit der Beschaffenheit der Waare nicht zufrieden war. Sonach brachte es bei einer von auswärts her bestellten Waare die Consequenz mit sich, daß der Empfänger, welcher ihrer fehlerhaften Beschaffenheit wegen, die Annahme derselben verweigern wollte, dieses gleich am nächsten Posttage nach ihrem Empfange dem Verkäufer anzeigen mußte, und daß er, wenn er dieses unterließ, mit seinen Ausstellungen gar nicht weiter gehört wurde. — Da nun auch, wie bereits bemerkt wurde, das ältere statutarische Recht nur einen Wandel des Kaufs, aber keinen Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises wegen mangelhafter Beschaffenheit der Waare, kannte, so stimmt die oben §. 1. erwähnte kaufmännische Ansicht, daß der auswärtige Empfänger einer bestellten, nachher fehlerhaft befundenen Waare, nur die Befugniß habe, sie sofort zur Disposition des Absenders zu stellen, allerdings mit den Grundsätzen des germanischen Rechts überein. Nach der Fassung, welche die Vorschrift in den revidirten Statuten Hamburgs und Lübecks erhalten hat, kann dieselbe aber jetzt nur noch da zur Anwendung gebracht werden, wo die Waare vor der Empfangnahme besehen worden ist, und müssen daher bei von auswärts her verschriebenen Waaren die Grundsätze des gemeinen Rechts zur Anwendung gebracht werden.

§. 13.

Hat übrigens bei einem Platzhandel der Käufer die gekaufte Waare zuvor besehen, so ist nun eine weitere Billigung derselben bei der Aufnahme in seine Behausung oder Gewehr nicht weiter erforderlich, denn das Gesetz verlangt nur dieses Letztere und findet darin die definitive Genehmigung der Waare. Es ist also ganz unstatthaft, diesem letzteren Requi-

Digitized by Google

sitte das eines Empfangens der Waare im engeren kaufmännischen Sinne, wo damit eine Untersuchung und Billigung des erstandenen Gegenstandes verbunden ist, substituiren zu wollen, und das um so mehr, da ja das Gesetz verlangt, daß ein solches Besehen der Waare bereits vorausgegangen sei. Es muß daher auch für ganz gleichgültig gehalten werden, ob der Käufer bei der Aufnahme in die Were selbst gegenwärtig ist, oder ob er dieses durch seine Leute besorgen läßt, ja es muß nach den Grundsätzen der Tradition genügen, wenn der Verkäufer sie mit Wissen und Willen des Käufers dort hin bringt, ohne daß von Seiten seiner Jemand zum Empfange derselben da ist[30]). Nur muß die Waare wirklich an die Behausung und Gewehr des Käufers gebracht sein[31]), und eine Besitzübertragung womit dieses nicht zugleich verbunden ist, z. B. per constitutum possessorium, oder durch Ueberlieferung der Waare an den vom Käufer gedungenen Fuhrmann oder Everführer, könnte hier für ausreichend nicht gehalten werden.

---

[30]) arg. I. 18. §. 2. D. de acq. vel. amitt. poss. (41, 2.) — In einer am 17ten Januar 1826 vom Oberappellationsgerichte entschiedenen Rechtssache Cohen c. Meyer war eine Quantität Lumpen aus dem Hannöverschen zu Schiffe nach Hamburg gebracht, dort von einem Kaufliebhaber am Donnerstage im Fahrzeuge besehen, am Freitage gekauft und am Sonnabend mit Wissen und Willen des Käufers auf dessen Speicher gebracht, und dort dessen Arbeitsleuten überliefert — und wurden dieserhalb die Erfordernisse des Gesetzes als vorhanden angenommen, obwohl die Waare bei der Ablieferung nicht besonders von Seiten des Käufers als gut gebilligt worden war.

[31]) Was hierunter zu verstehen sei, darüber vergl. die neue hamb. Falliten-Ordnung Art. 25. No. 4. und Hudtwalcker und Trummer criminalist. Beiträge B. 2. Heft 1. S. 14—26.

Digitized by Google

§. 14.

Die bisher entwickelten Grundsätze gelten aber nur von dem Falle, wenn der Käufer bei dem Handel sich nicht durch besondere Verabredungen vorgesehen, sich keine Untersuchung der Waare nach der Ablieferung, kein Haften des Verkäufers für heimliche Mängel, kein Einstehen für besondere gute Eigenschaften derselben ausbedungen hat. Auch bleibt Letzterer für eine betrügliche Verheimlichung ihm bekannter Fehler der Sache ohne Zweifel immer verantwortlich; denn für dolus muß man überall einstehen. Sollte nun aber der auf Bezahlung des Kaufpreises belangte Käufer die Klage durch das Eine oder das Andere dieser Dinge zu entkräften suchen, so muß er den Beweis desselben übernehmen. Beruft er sich nämlich auf einen dolus des Verkäufers, so folgt das schon aus der bekannten Präsumption wider den dolus und aus dem Principe, daß wer ihn behauptet, ihn beweisen muß[32]). Gründet er sich hingegen auf eine specielle Verabredung, so muß ihn deshalb die Beweislast treffen, weil dem Verkäufer die gesetzliche Regel zur Seite steht, und er sich auf eine besondere Thatsache stützt. „Wenn — sagt das alte gothländische Rechtsbuch für diesen Fall — sy zweytrachtig werden her spricht he habe en (den Sclaven, von dessen Verkauf die Rede ist) myt vorworten vorkoft unde du spriest das du en gekoft hast al vůl unde vast. So hat ouch der gene das wiste wort (das festeste, das beweisende Wort) der en vůl unde vast vorkouft hat, also deme rechte volget[33]).

[32]) l. 18. §. 1. D. de probat. (22, 3.)

[33]) Guta-Lagh. Kap. 43. §. 7. ed. Schildener pag. 68. — Nach diesem Principe legte das Oberappellationsgericht in der Note 30 erwähnten Sache dem Käufer, der sich eine Besichtigung der Lumpen nach dem Empfange ausbedungen zu haben behauptete, den Beweis dieser seiner Behauptung auf.

Digitized by Google

XII.

Vom Handel auf Besicht.

§. 1.

So wie zufolge dessen, was darüber in der vorigen Abhandlung bemerkt wurde, nach dem älteren hamburgischen und lübischen Rechte ein ohne Handgeld geschlossener Handel für den Käufer nicht eher bindend war, als bis er die gekaufte Waare besichtigt und ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt hatte, so verhält sich die Sache noch jetzt, wenn ein Handel mit der hinzugefügten Clausel „auf Besicht" eingegangen worden ist[1]). Denn ist schlechthin auf Besicht contrahirt, und keine specielle Beziehung angegeben, in welcher der Käufer die Waare noch erst ansehen und untersuchen will[2]), so

[1]) Daß noch jetzt, wie im Archiv f. d. Handelsrecht B. 1. S. 339 angeführt wird, bei einigen Waaren der Vorbehalt des Besichtes von Seiten des Käufers sich von selbst versteht, ist eine Singularität, die aber für die Zweckmäßigkeit des alten Rechtes spricht.

[2]) Denn ist dieses geschehen, z. B. bei einem Handel „nach Probe" die Clausel" auf Besicht hinzugefügt, so treten ganz andere Verhältnisse ein. S. d. folg. Abhandl. §. ult. Auf gleiche Weise wird es in Marseille bei dem dort üblichen Handel mit der Clausel „vue en sus" gehalten. Der Käufer darf dann bei dem Besichte die Waare ablehnen, ohne daß er dafür Gründe anzugeben braucht. Vincens exposition de la législation commerciale liv. 7. ch. 2. Tom. 2. p. 58 — 59.

Digitized by Google

kann der Käufer dieſelbe beſehen, zu welchem Zwecke er will, alſo auch zu dem, ob ſie ihm überhaupt gefällt oder nicht; und da dieſes Letztere etwas rein Subjectives iſt, und ſich nicht ſagen läßt, es müſſe Jemandem etwas gefallen oder misfallen, ſo folgt daraus von ſelbſt, daß der Käufer nach vorgenommenem Beſichte ſchlechthin nach Willkühr erklären kann, die Waare ſtehe ihm an, oder ſie ſtehe ihm nicht an; und daß der Verkäufer ihn zur Annahme derſelben nicht nöthigen kann, wenn er auch ihre gute, ja ihre vorzügliche Beſchaffenheit nachzuweiſen im Stande ſein ſollte[3]). In dieſer Hinſicht verhält es ſich mit dem Handel auf Beſicht ganz, wie mit dem bei den Römern bei dem Weine üblichen Handel „aufs Koſten (ad gustum)“[4]), ſo wie mit dem bei ihnen allgemeiner vorkommenden Handel, deſſen Beſtand von dem Gefallen, was der Käufer an der gekauften Sache finden werde, abhängig gemacht war[5]). Hier genügte in beiden

[3]) Vergl. Archiv f. d. Handelsrecht B. 1. S. 343 — 5.

[4]) „Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat“ l. 34. §. 5. D. de contrah. empt. (18, 1.) Wie Schömann (Handbuch d. Civilr. B. 2. S. 216 — 220.) gerade dieſe Stelle für ſeine Behauptung anführen kann, daß der Käufer nur aus hinlänglichen Gründen den Wein habe aufſchießen dürfen, iſt ſchwer zu begreifen. Auch Pardessus, cours de droit commercial P. 2. tit. 3. ch. 3. sect. 1. §. 2. Tom. 2. p. 291 ed. 3. nimt an, daß bei dem Verkaufe ad gustum (Code civil art. 1587) der Käufer nur aus gerechten Gründen die Annahme der gekoſteten Waare verweigern könne, weil ja ſonſt, zufolge des Code civ. art. 1174 der Vertrag ganz nichtig ſein würde; allein gegen das Geſetz, und mit Unrecht, denn nichtig würde der Handel nur ſein, wenn es eine conditio potestativa des Verkäufers wäre.

[5]) §. 4. I. de empt. et vendit. (3, 24); l. 3. D. de contrah.

Digitized by Google

Fällen das bloße Displicet des Käufers, um ihn von jeder Verbindlichkeit aus dem Geſchäfte zu befreien. So weit ſind die Grundſätze bei dem Handel auf Beſicht einfach und ſicher. Geht man aber bei demſelben näher auf das dogmatiſche Detail ein, ſo entſtehen von allen Seiten erhebliche Anſtände, die zum großen Theil ihren Grund darin haben, daß es zweifelhaft erſcheint, ob man dieſen Handel als ein bedingtes oder als ein unbedingtes Geſchäft, welches aber unter einer Bedingung wieder aufgelöſt werden kann, anzuſehen hat. Dieſes wird daher vor allen Dingen zu prüfen ſein.

§. 2.

Es ſpringt aber ins Auge, daß jener Handel ſowohl in der Form eines Handels unter einer Suſpenſivbedingung, als wie des unter einer Reſolutivbedingung vorkommen kann, auf gleiche Weiſe, wie das römiſche Recht dieſes in ähnlichen Fällen annimt. So erwidern die römiſchen Juriſten bei der addictio in diem auf die Frage, ob dieſelbe „pura emptio sit, sed sub conditione resolvatur, an vero conditionalis sit magis emptio?“ es komme darauf an, was die Meinung bei dem Geſchäfte geweſen ſei; „nam si quidem hoc actum sit, ut meliore allata conditione discedatur, esse puram emtionem, quae sub conditione resolvatur, sin autem hoc actum sit, ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur, esse emptionem conditionalem[6].“ Auf gleiche

empt. (18, 1); l. 6 D. de rescind. vendit. (18, 5); l. 31 §. 22 D. de aedil. edicto (21, 1); l. 2. §. 5. D. pro emptore (41, 4).

[6]) l. 2. pr. D. de in diem addictione (18, 2). Auf gleiche Weiſe wird zunächſt die Frage entſchieden, ob die dem Bräutigam übergebenen Dotalſachen erſt mit Eingehung der Ehe, oder

Digitized by Google

ſWeiſe wird, wenn der Beſtand des Handels von dem Gefallen des Käufers abhängig gemacht iſt, dieſes bald als ein bedingter, bald als ein reiner Handel angeſehen, den aber der Käufer durch die Erklärung ſeines Misfallens wieder auflöſen kann. Ein bedingter Handel iſt es, wenn er z. B. ſo lautet: „Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot[7]“; ein reiner Handel hingegen, der aber unter einer Bedingung ſich wieder auflöſt, wenn ſo contrahirt wurde: „ut si res displicuisset, inempta esset“, oder: „ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuissset, redderetur“, oder: „ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur“, oder endlich: „ut, si displicuerit intra certum tempus, inempta sit“[8]. So wie es nun in allen dieſen Fällen von dem Willen der Contrahenten abhängt, ob der Handel ein bedingter oder ein unbedingter ſein ſoll, ſo muß auch bei dem Handel auf Beſicht zunächſt dieſer hierüber entſcheiden. Lautete z. B. die getroffene Vereinbarung dahin, daß, wenn die Waare dem Käufer nach der Beſichtigung gefiele, ſie ihm zu dem und dem Preiſe verkauft ſein ſolle, ſo läge die Suſpen-

---

ob ſie gleich bei der Uebergabe deſſen Eigenthum werden, und nur die Verpflichtung beſtehen ſoll, ſie zurück zu geben, wenn etwa die Ehe nicht zu Stande kommen ſollte. l. 7. §. 3. D. de iure dotium (23, 3); l. 1. §. 2. D. pro dote (41, 9).

[7]) §. 4. I. de empt. et vendit. (3, 24). Frantzke commentar. ad Pand. lib. 18. tit. 1. nr. 294 — 8. Lauterbach collegium lib. 18. tit. 1. §. 82.

[8]) l. 3. D. de contrah. empt. (18, 1); l. 6. D. de rescinden. vendit. (18, 5); l. 31. §. 22. D. de aedil. edicto (21, 2); l. 2. §. 5. D. pro emptore (41, 4). Frantzke l. c. nr. 299. Thibaut Syſtem des Pandekten B. 2 §. 960.

Digitized by Google

ſivbedingung klar vor: wäre hingegen dahin contrahirt, daß, wenn die Waare bei dem Beſichte misfiele, der Handel rückgängig werden ſollte, ſo würde unbedenklich eine Reſolutivbedingung als vorhanden anzunehmen ſein.

§. 3.

Allein mit dieſer Beſtimmtheit und Ausführlichkeit wird wohl im Handel und Wandel ſelten oder gar nicht contrahirt, ſondern in der Regel nur die kurze, gangbare Formel „auf Beſicht" bei dem Abſchluß des Vertrages und in dem Schlußzettel des Mäklers angewandt werden; und da fragt es ſich nun nach der Auslegung dieſer Clauſel. Aus der Wortfaſſung derſelben läßt ſich aber nicht entnehmen, ob der Handel als ein mit einer Suſpenſiv- oder als ein mit einer Reſolutiv-Bedingung verſehenes Geſchäft betrachtet werde; denn die Partikel „auf" enthält in der Hinſicht eine Amphibolie, die für die eine, wie für die andere Anſicht gedeutet werden kann. Es verhält ſich in dieſer Beziehung mit derſelben, wie mit der römiſchen Partikel „ad", und kann ſonach die Natur der bei den Römern gewöhnlichen emtio ad gustum zur Erläuterung unſers Handels auf Beſicht benutzt werden. Nun ſcheint es freilich nicht ganz ohne Zweifel, wie die Römer dieſes Geſchäft angeſehen haben, denn in zweien Stellen deuten die Ausdrücke auf eine Reſolutivbedingung hin [9], während in einer andern die Perfection des Geſchäfts erſt von dem Probieren abhängig gemacht wird [10]. Allein die überwiegenden Gründe ſprechen doch für die Annahme, daß jener Handel von den Römern für einen Handel unter einer Suſpenſivbe-

[9] l. 34. §. 5. D. de contrah. empt. (18, 1); l. 4. pr. D. de periculo et commodo (18, 6).

[10] l. 1. pr. D. de periculo et commodo (18, 6).

Digitized by Google

dingung geachtet worden ſei. Denn in der l. 1. pr. D. de periculo et commodo wird die Gefahr des verkauften Weines bis zur degustatio, dem Verkäufer, und erſt demnächſt dem Käufer auferlegt, und zwar Letzteres aus dem Grunde, weil erſt jetzt der Wein für ganz vollſtändig verkauft gelten könne. Der Grund dieſes Ausſpruches liegt offenbar darin, weil es bis zur Billigung des Weines noch ganz in der Willkühr des Käufers ſteht, ob er ihn annehmen will oder nicht; allein, daß nach dieſer Billigung der Handel erſt für vollſtändig geſchloſſen erklärt, und bis dahin jede Gefahr, nicht nur der Verſchlechterung ſondern auch des Unterganges, dem Verkäufer auferlegt wird, zeigt deutlich darauf hin, daß das Geſchäft als ein bedingtes angeſehen wurde. Denn wäre es für ein unbedingtes geachtet, welches aber der Käufer durch ſeine Misbilligung wieder aufheben konnte, ſo hätte doch ein vor der Erklärung des Misfallens eingetretener gänzlicher Verluſt des Weines von dem Käufer getragen werden müſſen[11]). So nehmen es denn auch manche Schriftſteller beſtimmt[12]); und kann es dawider nicht in Betracht kommen, daß es in der l. 34. §. 5. D. de contrah. empt. in einem ſolchen Falle vom Käufer heißt „improbare licet“, denn damit wird demſelben nur die Befugniß beigelegt, ſich nach Gefallen vom Handel los zu machen, ohne daß damit über die Natur der Bedingung, vermöge welcher ihm dieſes frei ſteht, etwas

[11]) l. 8. pr. D. eod. l. 10. §. 5. D. de iure dotium (23, 3).

[12]) Frantzke l. not. 7. cit. nr. 295, et lib. 18. tit. 6. nr. 6, 7. Hofacker principia iuris Tom. 3. §. 1907. med. Schömann a. d. Not. 4. a. O. Pardessus cours de droit commercial P. 2. tit. 3. ch. 3. sect. 1. §. 2. Tom. 2. pag. 290, 1. coll. pag. 287, 8. ed. 3. Vincens exposition de la législation commerciale liv. 7. ch. 2. §. 9, 11. Tom. 2. p. 57 — 59.

Digitized by Google

ausgeſprochen würde. Und, wenn endlich in der l. 4. pr. D. de periculo et commodo von einer Fortdauer des Handels geredet wird, obwohl der Wein noch nicht probirt war, ſo iſt das nur in Beziehung auf die Verpflichtung des Verkäufers aus dem Geſchäfte geſagt, dieſe iſt aber allerdings anzunehmen, wenn man den Handel auch als einen bedingten anſieht, weil die Bedingung nicht ihm, ſondern dem Käufer Befugniſſe ertheilt. Schon die Analogie des Handels ad gustum ſpricht mithin dafür, den Kauf auf Beſicht als einen Kauf unter einer Suſpenſivbedingung anzuſehen.

§. 4.

Es ſpricht hiefür aber auch noch ferner der Umſtand, daß ein Handel auf Beſicht nur in der Maaße geſchloſſen zu werden pflegt, daß die Waare von dem Käufer erſt nach der Beſichtigung empfangen, bis dahin aber in dem Gewahrſam des Verkäufers bleiben ſoll. Wenn nämlich bei einem Rechtsgeſchäfte weder aus der Faſſung der Vereinbarung noch ſonſt ermittelt werden kann, ob die Meinung der Contrahenten auf eine Suſpenſiv- oder auf eine Reſolutiv-Bedingung gerichtet geweſen iſt, ſo iſt für die Letztere zu präſumiren, wenn ſogleich der Vertrag erfüllt, und die Sache alsbald dem Erwerber übergeben worden iſt. Das ergeben mehrere geſetzliche Vorſchriften ſehr beſtimmt[13]). Beſtrittener iſt freilich der umgekehrte Fall, wo nicht ſofort erfüllt war, und nach der Meinung der Contrahenten auch vor dem Eintritt der Bedingung gar

[13]) l. 8. coll. l. 7. §. 3. D. de iure dotium (23,3); l. 1. §. 2. D. pro dote (41, 9); coll. l. 1. D. de lege commissoria (18, 3); l. 6. D. de rescind. vendit. (18, 5); l. 31. §. 22. D. de aedilit. edicto (21, 1). Thibaut civiliſtiſche Abhandl. S. 380. Schweppe röm. Privatr. §. 116. vers. fin. Vergl. das preuß. Landr. Th. 1. Tit. 11. §. 263.

nicht erfüllt werden ſollte. Auch hier wollen nämlich Manche für die Reſolutivbedingung präſumiren, und zwar Einige aus dem Grunde, weil Bedingungen nicht zu den gewöhnlichen Eigenſchaften eines Rechtsgeſchäfts gehörten —, was aber ſicher nichts entſcheiden kann, da daſſelbe auch von der Verabredung, das Geſchäft in einem gewiſſen Falle wieder aufzulöſen, geſagt werden muß —, Andere aber deshalb, weil, wo das Aufſchieben nicht zur gewöhnlichen Natur des Geſchäfts gehöre, in den geſetzlichen Vorſchriften, namentlich bei der lex commissoria und der addictio in diem, die Regel aufgeſtellt ſei, daß man im Zweifel das Geſchäft für ein negotium purum, quod sub conditione resolvitur, anſehen ſolle[14]). Daraus iſt denn inſonderheit wohl die Folge abgeleitet, daß der Handel auf Beſicht, wenn nicht ein Anderes als die Meinung der Contrahenten erhelle, als ein Handel unter einer Reſolutivbedingung angeſehen werden müſſe[15]). Allein das ergeben die angeführten Geſetze nicht, vielmehr liegt bei der lex commissoria das Reſolutive ſchon im Weſen des Geſchäfts, indem, wie aus dem ganzen Pandektentitel dieſer Lehre hervor geht, dabei ſtets die bereits erfolgte Uebergabe der gekauften Sache vorausgeſetzt wird, und nur für einen gewiſſen Fall die Wiederauflöſung des Geſchäfts und die Rückgabe der Sache ſtipulirt iſt. In dem Falle des zweiten Geſetzes, der l. 2. §. 4. D. pro emptore, war aber ebenfalls dem Käufer die Sache bereits tradirt, wie daraus hervorgeht, daß demſelben Fruchtgenuß und Uſucapion zugeſprochen werden.

---

[14]) l. 1. D. de lege commissor. (18, 3); l. 2. §. 4. D. pro emptore (41, 4); Thibaut civil. Abhandl. S. 378 — 80, und in d. neueren Ausgaben d. Pandekt. B. 1. §. 121. a. E.

[15]) Archiv f. d. Handelsr. B. 1. S. 332 — 45, beſ. S. 338 — 40.

Digitized by Google

§. 5.

Findet nun aber jene Meinung in den Geſetzen keine Unterſtützung, ſo dürfte die, früherhin auch von Thibaut[16]) vertheidigte, Theorie den Vorzug verdienen, wonach die Präſumption für die Suſpenſivbedingung ſtreitet, wenn nicht ſofort erfüllt iſt, und auch nicht beſtimmt ausgemacht iſt, daß vor dem Eintritt der als Bedingung geſetzten Begebenheit erfüllt werden ſoll. Denn, ſo wie aus der ſofortigen Uebergabe, in Ermanglung einer klar ausgeſprochenen anderweitigen Abſicht, darauf geſchloſſen wird, daß das Geſchäft unumwunden eingegangen, und nur demnächſt unter einer Bedingung wieder aufgelöſt werden ſolle; ſo wird man umgekehrt, unter derſelben Vorausſetzung, aus dem Ausſetzen der Erfüllung die Abſicht folgern müſſen, das ganze Geſchäft vorläufig noch in suspenso zu laſſen. Gewiß hat es auch etwas ſehr natürliches, das Geſchäft noch als unvollſtändig anzuſehen, deſſen Rechtsbeſtand von einer künftigen Begebenheit abhängt, und deſſen Erfüllung zugleich noch ausgeſetzt geblieben iſt. Zwiſchen den Contrahenten muß es hier wenigſtens immer in die Lage eines unter einer Suſpenſivbedingung abgeſchloſſenen Geſchäftes kommen, denn wollte der Eine oder der Andere auf ſofortige Erfüllung klagen, ſo würde ihm immer der Einwand der verfrüheten Klage entgegen ſtehen, und er dieſen nicht zu beſeitigen vermögen, da er nach der gemachten Vorausſetzung nicht im Stande ſein würde, eine beabſichtigte bloße Reſolutivbedingung darzuthun[17]). Was namentlich den Handel auf Beſicht anbetrifft, bei welchem der Beſtand des Geſchäftes ganz in

[16]) in den älteren Ausgaben des Pandekten a. a. O.

[17]) Cf. et l. 4. §. 2. D. de pactis (2, 14); l. 10. §. 4, 5. D. de iure dotium (23, 3).

Digitized by Google

die Willkühr des Käufers geſtellt iſt, ſo kann es dabei gewiß eben ſo wenig wie bei dem römiſchen Weinhandel ad gustum, als die Meinung der Contrahenten angeſehen werden, daß, auf das Ungewiſſe hin, vorläufig die Waare abgeliefert, empfangen und bezahlt werden ſolle, da dieſes immer mit nicht unerheblichem Aufwande von Mühe und Koſten verbunden iſt, gleichwohl dem Käufer, der vor dem Beſichte doch nicht über die Waare diſponiren darf, dadurch kein weſentlicher Vortheil, dem Verkäufer aber die Gefahr einer dem Käufer demnächſt ſchwer zu imputirenden ſorgloſeren Behandlung der vielleicht an ihn zurückfallenden Waare erwächſt, und da ſich der Beſicht ſo leicht vornehmen, und dadurch vor der Uebergabe Alles in Ordnung bringen läßt. Der Kauf auf Beſicht iſt mithin als ein Kauf unter einer Suſpenſivbedingung anzuſehen[18]).

---

[18]) Was Hamburg anbetrifft, ſo findet ſich die im Texte entwickelte Anſicht auch noch in der dortigen revidirten Mäklerordnung v. J. 1816 §. 13. angedeutet, wo beiläufig der Handel auf Beſicht für einen bedingten Handel, d. h. nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche für einen Handel unter einer Suſpenſivbedingung erklärt wird. Zwar fehlt jene Aeußerung in der neueſten hamburg. Mäklerordnung v. J. 1824. §. 13; allein, da an die Stelle derſelben nicht eine entgegenſtehende Erklärung geſetzt iſt, ſo liegt der Grund hievon ſicher nicht in der Abſicht, jene frühere Aeußerung als eine unrichtige zurück zu nehmen, ſondern nur in dem Beſtreben, das Geſetz kürzer zu faſſen, und Unweſentliches aus demſelben auszulaſſen. — Das franzöſiſche Recht präſumirt ſogar bei einer „vente faite à l'essai", wobei dem Käufer der gekaufte Gegenſtand auf Probe hingegeben zu werden pflegt, für die Suſpenſivbedingung, (Code civ. art. 1588. Pardessus l. not. 12. cit. §. 3. Tom. 2. pag. 292. coll. 288. Vincens l. not. 12. cit. §. 9, 11. Tom. 2. pag. 58, 59); um

Digitized by Google

§. 6.

Dieſe Suſpenſivbedingung iſt nun, nach dem was darüber bereits oben §. 1. bemerkt wurde, inſoweit eine reine Poteſtativbedingung des Käufers, daß er ganz nach Gefallen, und ohne zur Angabe von Gründen verpflichtet zu ſein, die Waare ablehnen oder annehmen kann. Daraus folgt aber keineswegs, wie das von Einigen angenommen worden und deshalb zur Aufrechthaltung des Geſchäfts der ganzen Clauſel eine beſchränktere Deutung gegeben iſt[19]), die völlige Unverbindlichkeit des Handels für beide Theile, denn nur dann hat eine hinzugefügte Poteſtativbedingung dieſe Wirkung, wenn ſie zu Gunſten des Verpflichteten, nicht aber, wenn ſie zu Gunſten des Berechtigten lautet[20]). Bei einem Verkaufe erſcheint aber der

---

ſo weniger wird dieſes bei der in Marſeille üblichen, ganz dem deutſchen Handel auf Beſicht entſprechenden vente „vue en sus“ (Cf. Not. 3.) bezweifelt werden können. Das preuß. Landr. Th. 1. Tit. 11. §. 333 — 9. kennt einen Handel auf Probe, erklärt ſich aber nicht deutlich darüber, ob es hiebei eine Suſpenſiv- oder eine Reſolutiv-Bedingung als vorhanden annimt.

19) Schömann und Pardessus loc. not. 4. cit.

20) l. 7. pr. D. de contrah. empt. (18, 1); l. 9. §. 1. D. qui potiores in pignore (20, 4); l. 8. D. de O. et A. (44, 7); l. 17. l. 108. §. 1. D. de V. O. (45, 1); coll. l. 65. §. 1. D. de legat. I. (30); l. 69. D. de condit. et demonstrat. (35, 1); l. un. §. 7. C. de caducis tollend. (6, 51); Cuiacius ad l. 17. D. de V. O. (in Oper. edit. Francof. Tom. 2. pag. 311, 2). Schweppe röm. Privatrecht §. 414. Zwar heißt es in der l. 13. C. de contrah. empt. (4, 38); „in vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est . . .“; allein dieſes Geſetz redet, wie namentlich die Schlußworte ergeben, nicht von einer Bedingung bei ei-

Digitized by Google

Verkäufer in Hinſicht auf den verkauften Gegenſtand, auf welchen ſich die Bedingung bezieht, als der Promittent, der Käufer als der Stipulator. Mithin beſteht der Handel gleich von Anfange an zu Recht, wie jeder andere bedingte Handel, und der Verkäufer kann ſich nicht einſeitig von demſelben los machen, und nicht eher anderweitig über die Waare verfügen, als bis der Käufer ſie abgelehnt hat. Geſetzt aber, der Käufer beſichtigte die Waare, und erklärte ſich nicht innerhalb der beſtimmten Zeit, oder, wo eine ſolche Friſt nicht beſtimmt iſt, er leiſtete der Aufforderung des Verkäufers, den Beſicht vorzunehmen, keine Folge; ſo iſt derſelbe ohne Zweifel berechtigt, auf die Beſichtigung der Waare und auf eine Erklärung zu klagen, denn, da wo es in der Willkühr des Andern ſteht, ob er das Geſchäft vollziehen oder nicht vollziehen will, da kann man zwar nicht auf die Vollziehung, aber doch darauf klagen, daß der Andere entweder den Handel erfülle, oder ihn aufhebe[21]). Aber es wird ihm auch zu geſtatten ſein, außergerichtlich von dem Käufer ſolches unter dem Präjudiz zu verlangen, daß er widrigenfalls von dem Handel zurücktreten und anderweitig über die Waare verfügen werde. Denn, wenn dieſe Befugniß ſchon in gewöhnlichen Fällen dem Verkäufer gegen den moroſen Kaufer zuſteht[22]), ſo erheiſcht das in dem Falle eines Handels auf Beſicht um ſo mehr das

nem übrigens vollſtändig verabredeten Handel, ſondern von dem Falle, wo es ganz in die Willkühr des Verkäufers geſtellt iſt, ob und wie er verkaufen, oder des Käufers, ob und wie er kaufen will. Eine ſolche Verabredung verpflichtet als zu unbeſtimmt keinen Theil.

[21]) l. 13. §. 27—29. D. de act. empti (19, 2). Schweppe röm. Privatrecht §. 412. a. E.

[22]) l. 122. §. 3, l. 135. §. 2. D. de V. O. (45, 1).

Digitized by Google

practiſche Bedürfniß, weil es hier dem endlichen Reſultate nach immer noch in der Willkühr des Käufers ſtehen würde, ob er das Geſchäft zur Perfection gelangen laſſen will oder nicht.

§. 7.

Beſteht nun aber von Anfange an ein, wenn auch nur bedingtes Rechtsverhältniß zwiſchen den Contrahenten, ſo iſt es doch in einer andern Hinſicht ſehr erheblich, daß die Bedingung deſſelben ganz in die Willkühr des Käufers geſtellt iſt. Denn das hat für ihn die wichtige Folge, daß hinſichtlich ſeiner vorläufig noch gar keine Verpflichtung als vorhanden angenommen wird, und daß ihn daher keine Gefahr, weder die des Unterganges noch ſelbſt die der Verſchlechterung trifft[23]). Nur dann muß dieſes eine Ausnahme erleiden, wenn der Verkäufer ſich bei dem Beſehen der Waare, und bei der Erklärung darüber, ob er ſie annehmen oder verwerfen will, in Verzug befindet; denn der Grund, weshalb die mora eines Contrahenten denſelben verpflichtet, nunmehr den Zufall zu tragen, welcher ſonſt von dem andern Contrahenten hätte getragen werden müſſen, daß nämlich nicht bloß die nothwendigen ſondern auch die zufälligen Folgen eines Verſchuldens den, der ſich in culpa befindet, treffen[24]), tritt auch vollkommen bei demjenigen ein, der auf Beſicht gekauft hat, und widerrechtlicher Weiſe mit ſeiner Beſichtigung und Erklärung zögert[25]). Denn hätte er ſich zeitig erklärt, ſo würde der Ver-

[23]) l. 1. pr., l. 4. pr. §. 1. D. de periculo et commodo (18, 6).

[24]) arg. §. 2. I. quibus modis re contrah. oblig. (3, 15); l. 18. D. de negotiis gestis (3, 5); l. 1. §. 4. in fin. D. de obligat. et act. (44, 7); l. 48. §. 4. D. de furtis (47, 2).

[25]) arg. l. 20. D. de condict. furtiva (13, 1); l. 39. §. 1, l. 108. §. 11. D. de legat. I. (30); l. 82. §. 1, l. 91. §. 1, l.

Digitized by Google

käufer die Waare anderweitig haben veräußern, und dadurch dem Schaden haben entgehen können; und dieſe Möglichkeit genügt, um dem Zögernden die Verantwortlichkeit für den Zufall aufzuerlegen, ohne daß es, zumal bei Waaren, erſt des Beweiſes bedarf, daß der Verkäufer auch wirklich zu einer ſolchen anderweitigen Veräußerung geſchritten ſein würde[26]). Verhindert hingegen der Verkäufer die Beſichtigung der Waare, ſo trifft ihn natürlich fortwährend das Riſiko[27]), und dieſes ſelbſt dann, wenn der anfangs zögernde Käufer ſich nachher zum Beſichte meldet, und er ihm nunmehr dabei Hinderniſſe in den Weg legt[28]).

§. 8.

Kommt es nun wirklich zum Beſichte, ſo iſt ſo viel außer Zweifel, daß, wenn der Käufer jetzt die Waare beſtimmt billigt, dadurch der Handel ſofort purificirt, wenn er ſie beſtimmt misbilligt, derſelbe ohne Weiteres aufgelöſt wird; aber für ſehr zweifelhaft muß die Frage angeſehen werden, wie es dann zu halten ſei, wenn er es an einer ſolchen beſtimmten Erklärung ermangeln läßt. Man könnte hier nämlich eine doppelte Anſicht von der dem Handel beigefügten Bedingung des Beſichtes faſſen. Man könnte ſich zuvörderſt an die Worte der Clauſel halten, und darnach annehmen, die Bedingung beſtehe bloß in der Thatſache der Beſichtigung; es trete mithin dieſelbe an ſich ein, ſo wie der Käufer die Waare in Augen-

---

105. D. de V. O. (35, 1); l. 92, l. 72. pr. D. de solution. (46, 3).

[26]) l. 47. §. ult. D. de legat. I. (30); coll. l. 40. pr. D. de hered. petit (5, 3); l. 15. §. 3. D. de rei vindicat. (6, 1).

[27]) l. 4. pr. D. de periculo et commodo (18, 6).

[28]) l. 17. D. eod.

Digitized by Google

ſchein nehme, und es könne dieſe Wirkung des Beſichtes nach der eigentlichen Meinung der getroffenen Vereinbarung nur dadurch verhindert werden, daß der Käufer ſofort bei der Beſichtigung ſein Misfallen an der Waare beſtimmt zu erkennen gebe. Man könnte um ſo geneigter ſein, dieſer Anſicht von der Sache zu folgen, da der Käufer nach Treue und Glauben gehalten iſt, ſich nach der Unterſuchung der Waare ſofort über den Beſtand des Handels zu erklären, und es daher nicht unangemeſſen ſcheint, ſein Stillſchweigen gegen ihn zu deuten. Man könnte es hiebei zur Unterſtützung geltend machen, daß die Römer den Handel ad gustum dann für vollſtändig geſchloſſen erklären „cum fuerit degustatum“ ohne noch außerdem der Billigung des Weines durch den Käufer als nothwendig zu gedenken[29]), daß ſie vielmehr das Recht deſſelben nur darin ſetzen, „ut improbare liceat“[30]), und daß ſie den Verkäufer das periculum nur bis zu dem Momente treffen laſſen „quoad emtor degustaverit“[31]), nicht aber bis zu dem Augenblicke, wo derſelbe den gekoſteten Wein gebilligt hat. Endlich ſagt auch Vincens von der in Marſeille vorkommenden gleichen Clauſel „vue en sus“, ſie ertheile dem Käufer die Freiheit, die Waare im Momente der Beſichtigung zu verweigern[32]). Geht man nun von dieſer Anſicht aus, ſo wird erforderlichen Falls der Verkäufer, welcher vom Käufer die Abnahme der auf Beſicht verkauften

---

[29]) l. 1. pr. D. eod. In l. 4. pr. D. eod. wird, freilich in einer andern Beziehung, die Bedingung ſo aufgelöſt: „si ante illum diem fuissent degustata“, nicht „degustata et probata.“

[30]) S. oben Note 4.

[31]) l. 4. §. 1. D. eod.

[32]) Vincens l. not. 3. cit.

Digitized by Google

Waare verlangt, den Beweis übernehmen müſſen, daß der Beſicht ſtatt gefunden, und, inſofern dieſes und zugleich daß darauf eine beſtimmte Erklärung des Käufers erfolgt ſei, eingeräumt wäre, über den Inhalt dieſer Erklärung aber nichts conſtirte, daß der Käufer die Waare gebilligt habe. Wenn hingegen die Vornahme des Beſichtes zwar ausgemittelt wäre, im Uebrigen aber, während der Käufer behauptet, ſich ablehnend erklärt zu haben, der Verkäufer anführte, jener habe ſich bei der Beſichtigung gar nicht erklärt, ſo würde der Käufer ſeine Behauptung, eine Erklärung abgegeben zu haben, wahr machen müſſen, weil der Verkäufer an ſich ſchon in der Vornahme des Beſichtes fundatam intentionem hätte, und weil ihm ſonſt unſtatthafter Weiſe der Beweis der Negative, daß der Käufer ſich nicht erklärt habe, auferlegt werden würde.

§. 9.

Man kann aber auch füglich die Clauſel dahin verſtehen, daß dadurch dem Käufer die Beſichtigung und Genehmigung der Waare vorbehalten, und erſt von letzterer die Perfection des Geſchäftes abhängig gemacht werden ſollte. Und dieſe Auslegung verdient den Vorzug. Denn das Recht, die Waare nach der Prüfung derſelben nach Gefallen zu genehmigen oder zu verwerfen, iſt es eigentlich, was der Käufer durch die Hinzufügung jener Clauſel ſich ſichern wollte; auf die Erklärung des Käufers nach der vorgenommenen Beſichtigung iſt mithin bei der Auslegung das entſcheidende Gewicht zu legen, dieſe als das eigentliche Gemeinte, die Beſichtigung ſelbſt aber nur als Mittel, welches dazu den Weg bahnen ſoll, zu behandeln. Weil nun aber auf die Unterſuchung der Beſchaffenheit der Waare, die Erklärung über die Annahme und Verwerfung derſelben unmittelbar zu folgen pflegt, und nach der Abſicht der Contrahenten unmittelbar darauf folgen

Digitized by Google

ſoll, ſo erklärt es ſich daraus leicht, weshalb in der Clauſel „auf Beſicht“ nur das Erſtere, was man ſich vom Verkäufer geſtattet wiſſen will, ausgedrückt wird, obwohl das Letztere deshalb nicht weniger mit verſtanden iſt. Wird wohl Jemand mit der Phraſe: „ich will aber die Sache zuvor beſehen“, einen andern Sinn verbinden als mit der „ich will aber zuvor die Sache beſehen, ob ſie mir auch gefällt“, und wird nicht bei dem Letzteren wieder ohne Weiteres eine Erklärung des Käufers erwartet werden, wie ihm die Waare anſteht, obwohl die Worte hievon nichts beſagen? — Liegt aber alles dieſes in der Meinung der Contrahenten, ſo muß es auch eben ſo behandelt werden, als wenn es ausdrücklich mit ausgeſprochen worden wäre; und die in der Clauſel enthaltene Suſpenſivbedingung lautet folglich dahin: „wenn der Käufer die Waare beſehen, ſie ihm gefallen und er ſolches Gefallen dem Verkäufer erklärt haben wird.“

§. 10.

Die hiegegen erhobenen Bedenken können denn auch für durchgreifend nicht geachtet werden. Die aus der wörtlichen Auslegung der Clauſel gezogene Folge beſeitigt ſich durch die bisherige Entwickelung der wahren Meinung derſelben; und auf gleiche Weiſe erklären ſich die bei dem Handel „ad gustum“ vorkommenden Ausdrücke Wird nämlich hier auch bloß von einem Koſten, nicht zugleich von einem Billigen des Weines geredet, ſo iſt doch das Letztere ſicher mit verſtanden, wie darauf eine Stelle hindeutet[53]), und iſt es intereſſant zu ſehen, wie dieſes im franzöſiſchen Rechte beſtimmt hervor gehoben iſt[54]). Noch weniger folgt daraus, daß in dem einen Geſetze

[53]) l. 15. D. eod. verbis: „sive degustando male probavit...“

[54]) Code civil. art. 1587: „A l'égard du vin, de l'huile et

von einer Befugniß die Waare zu verwerfen geredet wird, denn es iſt in jener Stelle gar nicht der Zweck, darüber zu entſcheiden, ob zur Perfection des Geſchäftes eine poſitive Billigung der Waare erforderlich, oder ob es genügend ſei, wenn ſie nur nicht gemisbilligt wird, ſondern es ſoll vielmehr nur das eigenthümliche Rechtsverhältniß, worin der Käufer ad gustum ſteht, dargelegt werden. Dieſes wird aber natürlicher Weiſe darin geſetzt, daß er nach Gefallen die Waare verwerfen, und ſich dadurch von dem ganzen Geſchäfte los machen, nicht darin, daß er billigen kann. Daß hierauf denn auch nur die eigentliche Meinung der aus Vincens angeführten Stelle gerichtet ſei, ergiebt ſich daraus, daß er es gleich darauf empfielt, bei der Clauſel einen kurzen Termin für das Beſehen und Billigen der Waare (pour visiter et agréer) zu beſtimmen. Was endlich die Verpflichtung des Käufers, ſich gleich bei dem Beſichte über die Annahme der Waare zu erklären, anbetrifft; ſo würde, wenn eine Reſolutivbedingung in Frage ſtände, dieſer Umſtand wohl berechtigen, aus dem Unterlaſſen der Erklärung des Misfallens die Folge abzuleiten, daß der Käufer nicht gemeint geweſen ſei, den Handel aufzurufen[55]); allein, da hier eine Suſpenſivbedingung vorhanden iſt, ſo könnte dieſelbe nur aus dem Ge-

---

des autres choses, que l'on est dans l'usage de gouter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées."

55) Aus dieſem Geſichtspunkte dürfte die Vorſchrift des preuß. Landr. Thl. 1. Tit. 11. §. 336. zu würdigen ſein, welches bei einer auf die Probe verkauften und hingegebenen Sache, dem Käufer, welchem zur Erklärung, ob er die Sache behalten wolle, eine gewiſſe Zeit beſtimmt war, den Rücktritt nicht mehr geſtattet, wenn er dieſelbe vorbeiſtreichen läßt, ohne ſich zu erklären.

Digitized by Google

ſichtspunkte einer ſtillſchweigenden Einwilligung für erfüllt angeſehen werden. Nun läßt ſich aber aus dem Stillſchweigen deſſen, der ſich bejahend oder verneinend erklären kann, noch nicht ohne Weiteres eine Zuſtimmung folgern, und kann ſeine Verpflichtung, ſich zu erklären, nur dahin führen, ihn zur Abgabe ſolcher Erklärung zu nöthigen, oder ihn unter dem Präjudiz des Zurücktritts vom Handel hiezu aufzufordern, aber nicht dahin, die Zuſtimmung zur Perfection des Geſchäftes als ertheilt anzunehmen. Der Handel auf Beſicht wird alſo nicht eher purificirt, als bis der Käufer ſeine Genehmigung erklärt hat, gleich wie es nach dem älteren hamburgiſchen und lübiſchen Rechte nicht genügte, die Waare beſehen zu haben, ſondern noch hinzukommen mußte, daß der Käufer erklärte, ſie zur Genüge beſehen zu haben, oder daß er ſie an ſeine Were brachte[56]). Der Verkäufer kann mithin aus einem ſolchen Handel nicht anders auf Erfüllung klagen, als bis die Genehmigung erfolgt iſt, und hat er dieſes mithin als zum Grunde ſeiner Klage gehörig, erforderlichen Falls zu beweiſen[57]).

§. 11.

Die Genehmigung braucht übrigens keineswegs ausdrücklich, ſondern ſie kann eben ſo rechtsbeſtändig auch ſtillſchweigend erklärt werden. Wann eine ſtillſchweigende Genehmigung vorhanden ſei, darüber laſſen ſich nicht füglich abſtracte Regeln aufſtellen, ſondern es müſſen in der Hinſicht die con-

[56]) S. Abhandl. 11 §. 7, 8.

[57]) Alſo nicht bloß der Billigkeit, ſondern auch der Theorie des Rechts entſpricht es, wenn, wie im Archiv f. d. Handelsr. B. 1. S. 340 erwähnt wird, das Handelsgericht in Hamburg bei einer Klage aus einem Verkaufe auf Beſicht dem Verkäufer den Beweis auflegt, daß der Käufer die Waare ausdrücklich oder ſtillſchweigend genehmigt habe.

Digitized by Google

creten Verhältniſſe des einzelnen Falles erwogen werden. So kann es daher namentlich nicht ſchlechthin für eine Billigung der Waare gelten, wenn der Käufer bei dem Beſichte eine Probe von derſelben mit nimt. Denn geſchieht dieſes, um damit Verſuche anzuſtellen, und dadurch die Eigenſchaften der Waare näher kennen zu lernen, ſo liegt darin offenbar noch keine Billigung derſelben; und ſelbſt aus einer nicht ſofortigen Zurückſendung der Probe, oder wohl gar aus dem Behalten derſelben, läßt ſich in Ermanglung beſonderer Verabredungen oder Nebenumſtände eine Genehmigung nicht folgern[38]). Nähme hingegen der Käufer die Probe zu dem Ende mit, um nach derſelben die Waare zum weiteren Verkauf an Dritte auszubieten, ſo würde dieſes Faktum anders zu beurtheilen ſein. Doch, wie geſagt, das ſind Dinge, wo ſich nur an Beiſpielen zeigen läßt, wie die vorkommenden Fälle zu behandeln ſind, ohne daß man daraus ein allgemeines Prinzip bilden kann.

§. 12.

Endlich bleibt noch zu erörtern, welchen Einfluß die Beſichtigung und Billigung der Waare auf die Verpflichtung des Verkäufers, für Mängel und Gebrechen an derſelben Gewähr zu leiſten, hat. So wie aber der Verkäufer überhaupt nicht für ſichtbare Mängel der verkauften Sache einſteht, wenn er ſie nicht abſichtlich vor dem Käufer verheimlicht hat, ſo braucht er für ſolche Fehler am wenigſten in dem Falle zu haften, wenn Letzterer das Gekaufte vor dem definitiven Abſchluſſe des Handels noch beſonders beſichtigt und unterſucht hat. Nur heimliche, bei dem Beſichte nicht erkennbare Mängel der Waare können mithin noch in Frage kommen. Von

---

[38]) Vergl. Archiv f. d. Handelsrecht B. 1. S. 342, 3. coll. S. 336, 7; 340, 1.

Digitized by Google

dieſen aber muß man nach allgemeinen Grundſätzen mit dem lübiſchen Rechte, was, wenn der Käufer das Gut zuvor zur Genüge beſehen hat, ihn im Ganzen zur Bezahlung deſſelben verpflichtet, ſagen: „Können aber die Gebrechen mit menſchlichen Sinnen nicht begriffen, und gleichwohl hernachmals die Waaren untüchtig befunden werden, ſoll man die Bezahlung dafür zu thun nicht ſchuldig ſein[39]);“ denn in der Billigung der Waare nach dem Beſichte liegt nur die Erklärung, daß ſie dem Käufer, ſo wie er ſie bei der Unterſuchung befunden, gefallen habe, keinesweges aber eine unbedingte Genehmigung der Waare auch in ſolchen Beziehungen, womit der vorgenommene Beſicht nichts zu thun hatte. Mithin kann darin kein Verzicht auf das Recht jedes Käufers, von dem Verkäufer Gewähr für die heimlichen Mängel der Sache zu fordern, gefunden werden. Anders verhält es ſich aber nach dem hamburgiſchen Rechte, welches, wie in der vorigen Abhandlung gezeigt wurde, den eigenthümlichen Grundſatz hat, daß, wenn der Käufer das beſehene und erſtandene Gut an ſeine Behauſung und Gewehr gebracht hat, er es nun auch ohne alle Einrede bezahlen muß[40]). Was nämlich hier von der ohne beſondere Verabredung vorgenommenen Beſichtigung verordnet iſt, das muß ohne Zweifel auch da gelten, wo in einer beſonderen Clauſel des Contracts die Beſichtigung ſtipulirt war. Hienach befreiet es nun in Hamburg den Verkäufer zwar an ſich noch nicht von der Gewährleiſtung für verborgene Mängel, wenn der Käufer die auf Beſicht gekaufte Waare beſehen und gebilligt, wohl aber, wenn derſelbe ſie hienächſt empfangen und an ſeine Were genommen hat.

[39]) Lüb. Recht lib. 3. tit. 6. art 15.

[40]) Hamb. Statut P. 2. tit. 8. art. 17.

XIII.

Vom Handel nach Probe.

§. 1.

Bei denjenigen Waaren, wobei eine bedeutende specifische Verschiedenheit statt findet, oder deren Güte sich nicht füglich nach einer davon gegebenen Beschreibung, sondern nur aus eigener Ansicht derselben beurtheilen läßt, pflegt der Eigenthümer, wenn er es nicht etwa vorzieht, auf Besicht zu veräußern, dem mit dem Verkaufe derselben beauftragten Mäkler häufig eine Probe einzuhändigen, um diese den Kaufliebhabern vorzuzeigen, und auf die Grundlage derselben den Handel abzuschließen. Die Autorisation für den Mäkler, auf diese Weise das Geschäft zu vermitteln, braucht aber nicht gerade ausdrücklich ertheilt zu werden, sondern sie liegt schon stillschweigend in der Zustellung einer Probe bei der Aufgabe der Waare zum Verkauf, insofern hiebei nicht speciell eine andere Absicht zu erkennen gegeben wird; denn das ist der gewöhnliche und natürliche Zweck, zu welchem dem Mäkler Proben zugestellt werden. Auf gleiche Weise wird nun ferner bei dem Abschlusse des Handels häufig ausdrücklich in der Schlußnote bemerkt, daß derselbe nach einer vorgelegten Probe abgeschlossen worden sei, und pflegt man sich hiezu der Clausel „nach Probe“ [1])

[1]) Man darf dieses aber ja nicht mit einem Handel „auf Probe“ verwechseln, wobei der Käufer die Befugniß erhält, zuvor die gekaufte Sache zu untersuchen und zu erproben, ob sie ihm auch

Digitized by Google

zu bedienen. Es bedarf deſſen aber nicht nothwendiger Weiſe, denn, wird dem Käufer die Waare nur nach der Probe angeboten, und ihm ſolche bei dem Abſchluſſe des Geſchäftes eingehändigt, ſo iſt darin im Zweifel eine ſtillſchweigende Vereinbarung der Contrahenten enthalten, daß die Probe als Baſis des Kaufes angeſehen werden ſoll[2]).

§. 2.

In dem Abſchluß eines Handels nach Probe liegt mithin von Seiten des Verkäufers die Zuſicherung, daß die Waare der Probe entſprechen ſolle, und von Seiten des Käufers die Bil-

---

gefällt. (S. die vorige Abhandl.) Im franzöſiſchen Rechte hebt ſich die Verſchiedenheit dieſer beiden Geſchäfte ſchon durch die Ausdrücke, welche die Sprache dafür hat, ſcharf hervor. Der Verkauf „auf Probe" heißt une vente à l'essai (Code civ. art. 1588), die Clauſel „nach Probe" aber, wird ausgedrückt durch die Worte „pareille à l'échantillon" (Pardessus cours de droit commercial P. 2 tit. 3 ch. 2 sect. 3 §. 2 Tom. 2 pag. 274 edit. 3); und in der Sache ſelbſt haben ſie auch ſo gut wie gar nichts mit einander gemein.

[2]) In Hamburg namentlich iſt dieſes die entſchiedene Anſicht, und ſind bei dem OAGerichte bereits Fälle vorgekommen, wo nicht nur dieſelbe von dem dortigen Handelsgerichte und dem OGerichte bei ihren Erkenntniſſen zum Grunde gelegt, ſondern dabei auch namentlich von dem Handelsgerichte, ſo wie von vernommenen Sachverſtändigen beſtimmt bezeugt war, daß die Sache im kaufmänniſchen Verkehre ſo angeſehen werde. Demnach wird, wenn die Schlußnote auch nichts davon beſagt, der Beweis zugelaſſen, daß nach Probe verkauft worden ſei, und es bedarf weder einer beſondern Nachweiſung, daß der Mäkler vom Verkäufer ausdrücklich beauftragt war, nach der ihm eingehändigten Probe zu verkaufen, noch daß beſtimmt erklärt ſei, es werde nach Probe verkauft, wenn nur letztere bei Eingehung des Geſchäftes vorgezeigt und dem Käufer übergeben wurde.

Digitized by Google

ligung derselben, insofern sie probegemäß sein werde. Es ist mithin kein gewöhnlicher Handel, worin eine Waare d'une qualité loyale et marchande, s. g. Kaufmannsgut geliefert werden muß, aber auch nur geliefert zu werden braucht, sondern es ist ein Handel mit einem dictum et promissum, mit einer besonderen Zusicherung über die Qualität des Verkauften, welche Verabredung bald zur Folge haben kann, daß der Käufer mehr, bald, daß er weniger als gewöhnliches Kaufmannsgut zu fordern hat, je nachdem die Probe auf dieses oder auf jenes hinweist. Insoweit hebt mithin der Gebrauch der Clausel die gesetzmäßige Verpflichtung des Verkäufers, für eine Waare gewöhnlicher Güte einzustehen, auf. Allein die Probe liefert nur den Maaßstab für solche Eigenschaften des Gutes, die sich aus der Probe ersehen lassen, im Uebrigen aber besteht jene Verbindlichkeit des Verkäufers fort, so daß derselbe auch außer dem Fall eines Betruges noch haften muß, sowohl wenn bei der Besichtigung der Waare an sich offenbare Mängel entdeckt werden, die aber aus der Probe nicht entnommen werden konnten, als auch, wenn sich demnächst heimliche Mängel an derselben hervorthun sollten. Würde z. B. Tuch nach Probe verkauft, so müßte der Käufer sich, was Farbe und Feinheit betrifft, mit demjenigen begnügen, was in der Hinsicht die Probe ausgewiesen hat; aber er könnte unbedenklich die Annahme des Tuches verweigern, wenn sich in demselben Risse oder andere solche Mängel ergeben sollten, worüber aus der Probe nichts ersehen werden konnte; eben so, als wenn bei einem nach Probe verkauften Fasse Kaffe die Waare sich ungleich befindet, oben im Fasse der Probe entspricht, unten von derselben abfällt.

§. 3.

Bei einem nach Probe geschlossenen Handel sind übrigens

beide Theile sofort gebunden, denn das einem Geschäfte hinzugefügte dictum et promissum macht dasselbe keineswegs zu einem bedingten, sondern begründet nur eine besondere Verpflichtung des Promittenten[3]). Um nun aber demnächst gehörig ermessen zu können, ob die vom Verkäufer zur Erfüllung des Handels angebotene Waare auch probemäßig sei, muß natürlich die Probe bis dahin aufgehoben werden. In der Hinsicht brachte es in einem analogen Falle die frühere Vorschrift des hamburgischen Rechtes mit sich, daß der Mäkler von verhandeltem Korne sofort Muster nehmen, diese in einen Beutel thun, und dem Käufer versiegelt zustellen, auch von selbigem Muster gleichfalls etwas versiegelt bei sich behalten mußte, bis das Korn wirklich geliefert war[4]), und diese Bestimmung findet sich noch jetzt im preußischen Landrecht, nur mit der zwiefachen Modification, daß sie auf alle verhandelten Waaren ausgedehnt ist, und daß die vom Mäkler aufzuhebende Probe vom Verkäufer versiegelt werden soll[5]). Ob übrigens dasjenige, was hier bei einem unmittelbar nach der Waare selbst abgeschlossenen Handel zur Sicherheit des Käufers, damit kein Vertauschen der gekauften Sache statt finde, und zur Sicherheit des Verkäufers, damit ihm nicht ohne Grund die Vornahme einer Veränderung mit derselben vorgeworfen werde, verordnet ist, auch bei einem Handel nach Probe angewandt worden sei, ist wohl zu bezweifeln, da, so zweckmäßig auch ein solches Verfahren für die Erhaltung und Constatirung der gegenseitigen Rechte wäre, dennoch der kaufmännische Verkehr nicht leicht Maaßregeln duldet, die, nament-

[3]) Vergl. hamburg. Mäklerordn. v. J. 1816. §. 13.

[4]) Hamburg. Mäklerordn. v. J. 1740. Art. 17. (b. Klefecker Samml. d. hamburg. Ges. u. Verf. B. 6. S. 349).

[5]) Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 1356, 7.

Digitized by Google

lich bereits bei der Einleitung des Geschäfts, ein Mistrauen der Contrahenten gegen einander zu erkennen geben. Jetzt zum mindesten, wo in Hamburg die Mäklerordnung von 1740 durch neuere, in denen die erwähnte Vorschrift sich nicht mehr findet, außer Kraft gesetzt ist, wird dort bei dem Handel nach Probe, wenigstens in der Regel, nicht so verfahren, sondern vielmehr dem Käufer die Probe unversiegelt eingehändigt; und entsteht bei diesem Verfahren theils die Frage nach der Verpflichtung des Käufers, die Probe bis zur Constatirung der versprochenen Qualität der Waare, unverändert aufzuheben, theils die Frage, wie im Zweifel zu ermitteln sei, ob auch die demnächst vom Käufer vorgelegte Probe identisch und unverfälscht sei.

§. 4.

Was hier nun zuvörderst die Verbindlichkeit des Käufers, die Probe aufzubewahren, anbetrifft, so kann diese im Allgemeinen nicht bezweifelt werden; denn die Probe bildet die Grundlage des Handels, wonach demnächst, wenn zwischen den Contrahenten über die gebührende Beschaffenheit der Waare Differenzen entstehen, dieselbe von Sachverständigen zu untersuchen ist. Der Käufer erhält daher die Probe nicht bloß in seinem Interesse, sondern auch in dem des Verkäufers, und er kann daher von diesem zur Vorlegung derselben zu dem Zwecke angehalten werden, damit darnach die bestrittene Probemäßigkeit der Waare ermittelt werde; und leidet es keinen Anstand, daß ihm solche Vorlegung vom Richter nöthigenfalls unter Androhung von Präjudizen anbefohlen werden kann. Liegt nun sonach dem Käufer die Pflicht zur Aufbewahrung der Probe, und zwar zu einer solchen Aufbewahrung ob, daß sie sich nicht verändert, und zu einer zuverlässigen Vergleichung mit der Waare benutzt werden kann,

Digitized by Google

und muß er hiebei, da ihn diese Verpflichtung aus dem Kaufcontracte trifft, dem Verkäufer für allen Fleiß und für alle Sorgfalt haften; so folgt daraus doch noch keineswegs, wie man es wohl behauptet hat, daß, wenn der Käufer die Probe abhanden kommen läßt, oder sie sonst verwahrlost, er nun ohne Weiteres die ihm angebotene Waare als probemäßig anerkennen und sie annehmen muß. Denn, wenn der eine Contrahent sich gegen den andern eine Sorglosigkeit zu Schulden kommen läßt, so muß er demselben zwar wohl das Interesse dafür prästiren, aber es ändert das an dessen Verpflichtung, seinerseits den Vertrag seinem Gegenstande nach genau zu erfüllen, nichts. Mithin bleibt der Verkäufer nach wie vor zu einer probemäßigen Lieferung gehalten; allein, da ihm jetzt durch die Schuld des Käufers in der Probe das Beweismittel, womit er die gehörige Beschaffenheit seiner Waare hätte darthun können, entzogen worden ist, so muß Letzterer ihn nun dadurch entschädigen, daß er demselben den sonst ihm obliegenden Beweis der Probemäßigkeit der Waare abnimt, und daß nun vielmehr er schuldig wird, die Unprobemäßigkeit derselben darzuthun. Erst, wenn er diesen Beweis nicht zu erbringen vermöchte, wozu er sich ja schlimmsten Falls der Eidesdelation an den Verkäufer bedienen könnte, würde er zur Annahme der Waare verbunden sein.

§. 5.

Hienach läßt sich denn auch eine fernere Behauptung, die ebenfalls wohl aufgestellt worden ist, würdigen, die nämlich, daß, wenn der Käufer die ihm zugestellte Probe anbreche, ohne besondere Erlaubniß hiezu erhalten zu haben, er nunmehr die Waare ohne Weiteres behalten müsse. Man hat hiefür im Wesentlichen die beiden Gründe geltend gemacht, daß da die Probe dem Käufer nur zum Aufbewahren im Interesse

Digitized by Google

beider Theile anvertrauet sei, derselbe sie auch gleich einem Depositum ansehen müsse und mithin wider Treue und Glauben handele, wenn er etwas davon nehme; und daß durch jede Verringerung der Probe dieselbe zur Vergleichung mit der Waare untauglich werde. Nähme man z. B. von einer Kaffeeprobe etwas ab, so sei es selbst bei dem redlichsten Verfahren fast unmöglich, daß die Anzahl der guten und der schlechten Bohnen in dem Reste genau in demselben Verhältnisse zu einander stehen sollten, als sie zuvor in der ganzen Probe zu einander standen. Diese Gründe können aber für richtig und erheblich nicht geachtet werden. Denn die Probe, insofern der Käufer sie unversiegelt erhält, wird ihm keineswegs als ein Depositum, sondern nur vermöge des Kaufcontractes zu dem Zwecke eingehändigt, damit durch Vergleichung der Waare mit derselben, deren versprochene Qualität ausgemittelt werden könne. Nur insoweit, als es zu diesem Zwecke erforderlich ist, erstreckt sich daher die Verpflichtung des Käufers zum Aufbewahren der Probe. Mithin muß derselbe von der Probe allerdings so viel übrig lassen, daß, wenn die Waare damit verglichen wird, die Probemäßigkeit derselben sich darnach beurtheilen läßt. Daran kann es aber selten oder nie hindern, wenn ohne Gefährde ein Theil von der Probe genommen wird. Denn, wenn auch, die Sache mit mathematischer Genauigkeit genommen, zugegeben werden muß, daß, um bei dem Beispiele der Kaffeeprobe stehen zu bleiben, durch das Theilen der Probe das Verhältniß der guten und schlechten Bohnen in derselben ein etwas anderes wie vorher werden kann, so bleibt doch die Qualität im Ganzen dieselbe, und das genügt bei der Vergleichung. Denn man stellt diese ja nicht in der Maaße an, daß man die einzelnen Bohnen nach ihren verschiedenen Gattungen gegen einander abzählt,

Digitized by Google

sondern man vergleicht den Haufen im Ganzen mit der Probe im Ganzen. Wollte man anders, und mit einer ängstlicheren Genauigkeit verfahren, so würden solche Waaren, als Kaffe, Getreide und ähnliche Dinge, gar nicht nach Probe verkauft werden können, da es fast unmöglich erscheint, eine Probe von der Waare zu nehmen, die ein so getreues Bild ihrer Beschaffenheit lieferte.

§. 6.

Ist nun aber das Abnehmen eines Theils der dem Käufer offen zugestellten Probe dem Zwecke, wozu sie bestimmt ist, nicht hinderlich; so kann dieses auch für etwas Unerlaubtes nicht geachtet werden; und das um so weniger, da es gewiß sehr natürlich erscheint, daß der Käufer mit einem Theile der Probe solche Versuche anstellt, wodurch er die aus der Probe nicht ersichtlichen Eigenschaften der Waare kennen lernt, oder solchen Theil dazu benutzt, um dieselbe darnach wieder dritten Käufern anzubieten, oder um seinem Committenten vorläufig ein Muster des für seine Rechnung erstandenen Gutes zu übersenden. Ist aber jede dieser Gebrauchsarten eine solche, die sich gewiß die redlichsten Männer auch ohne besondere Stipulation erlauben, so muß der Verkäufer auch darauf rechnen, und kann er mithin daraus im eintretenden Falle dem Käufer keinen Vorwurf machen, denn, wer sich in einem gegebenen Verhältnisse die Handlungsweise redlicher und sorgfältiger Männer, die gewisser Maaßen die stillschweigende lex conventionalis zwischen den Contrahenten bildet, zur Richtschnur dienen läßt, der ist vor Schadensansprüchen sicher. Gesetzt aber auch der Käufer misbrauchte diese Befugniß, etwas von der Probe zu nehmen, und verringerte dieselbe dergestalt, daß darnach eine Vergleichung mit der Waare nicht füglich mehr angestellt werden könnte, so würde die unmittelbare

Digitized by Google

Folge hievon doch keinesweges die sein, daß derselbe nun ohne Weiteres die Waare behalten müßte, sondern nur, daß, wenn er die Probemäßigkeit der ihm angebotenen Waare bestreitet, ihn die Beweislast trifft, wie in dem Falle, wenn er die Probe ganz hat abhanden kommen lassen. — Daß ein mäßiges Abnehmen von der Probe ohne Gefährde dem Käufer gestattet sei, und ihn dem Verkäufer weder zur unweigerlichen Annahme der Waare noch zu sonst etwas verpflichte, wurde von dem Oberappellationsgerichte am 13ten Januar 1826 J. S. von Dadelßen c. Otte in Uebereinstimmung mit dem hamburgischen Obergerichte in einem Falle erkannt, wo der Käufer von der ihm zugestellten Kaffeeprobe etwa den vierten Theil abgenommen hatte, um denselben zu brennen und zu schmecken.

§. 7.

Kommt es nun demnächst zur Untersuchung der Waare, so muß der Käufer erwähnter Maaßen zu dem Ende die Probe vorlegen. Erkennt der Verkäufer die Identität derselben an, so macht sich die Sache leicht; die Waare wird, mehrentheils unter Zuziehung des Mäklers, welcher den Handel vermittelt hat, nach der Probe geprüft, und im Fall sie etwa derselben nicht zu entsprechen scheint, allenfalls noch einmal dem Gutachten anderer Sachverständigen unterzogen, und hienächst entweder unumwunden angenommen, oder verworfen, oder endlich, was bei Mängeln adversus dictum et promissum dem Käufer ebenfalls frei steht[e]), zwar angenommen, aber doch wegen der Unprobemäßigkeit ein Abzug am Kaufpreise gemacht. Zweifelhafter erscheint die Frage, ob der Käufer, wenn er die Annahme der der

[e]) l. 18. pr., l. 19. §. 2, l. 47. pr. D. de aedilit. edicto (21, 1).

Digitized by Google

Probe nicht entsprechenden Waare verweigert, doch noch daneben das Interesse fordern kann, welches er bei der Lieferung einer probemäßigen Waare gehabt haben würde. Denn, ob man solches in gewöhnlichen Fällen neben der Redhibition mittelst der Contractsklage verlangen könne, muß nach den Gesetzen als sehr zweifelhaft angesehen werden [7]). Gleichwohl ist ein solcher Anspruch da, wo nach Probe verkauft wurde, zuzulassen. Wenn nämlich der Verkäufer über die Beschaffenheit der Waare besondere Zusicherungen gemacht hat, so haftet er, gleich dem, welcher wissentlich Fehler der Sache verschwieg oder ihr wahrheitswidriger Maaßen Vorzüge beilegte [8]), dem Käufer für das Interesse, wenn sich das nachher anders befindet [9]). Denn, wenn der Verkäufer nicht sicher war, daß die Sache auch wirklich die versprochenen Eigenschaften habe, so durfte er dieselben ohne einen an Arglist gränzenden Leichtsinn, dem Käufer nicht zusichern. In dem Verkauf nach Probe liegt aber das Versprechen der probemäßigen Lieferung; und wird daher die Waare nicht der Probe entsprechend befunden, so braucht der Käufer nicht bloß dieselbe nicht zu empfangen, sondern er kann auch das Interesse fordern; wie dieses auch bereits am 5ten April 1825 J. S. Kitz c. Englert von dem Oberappellationsgerichte ausgesprochen worden ist.

---

[7]) Cf. l. 45. D. de contrah. emptione (18, 1); l. 6. §. 4, l. 13. pr., l. 21. §. 3. D. de act. empti (19, 1); l. 19. §. 1. D. locati (19, 2); l. 29. §. 3, l. c. 31. pr. D. de aedil. edicto (21, 1).

[8]) l. 13. pr. §. 2. D. de act. empti (19, 1); l. 1. C. de aedil. act. (4. 58).

[9]) l. 13. §. 3. D. eod. l. 31. §. 1. D. de aedilit. edicto (21, 1). Schweppe röm. Privatrecht §. 435.

Digitized by Google

§. 8.

Bestreitet hingegen der Verkäufer die Identität der vom Käufer vorgelegten Probe, so geschieht es nicht selten, daß er von Letzterem hierüber einen förmlichen Beweis fordert, wozu derselbe vermöge seiner Verpflichtung, die Probe unverändert aufzubewahren, gehalten sei. Denn, wem eine Verpflichtung der Art obliege, der müsse erforderlichen Falls auch darthun, ihr nachgekommen zu sein. Allein dieses Verlangen streitet mit der bona fides; denn indem dem Käufer die Probe unversiegelt übergeben wurde, ist ihm zugleich ein Vertrauen bewiesen, welches schon im voraus die Nothwendigkeit herbeiführte, bei künftigen Zweifeln über die Aechtheit und Unverfälschtheit der Probe seiner Versicherung oder doch seinem Eide hierüber Glauben zu schenken. Wie wäre hier nämlich in den mehrsten Fällen ein anderer Beweis möglich, da Niemand die ganze Zeit hindurch, wo der Käufer im Besitz der Probe gewesen ist, denselben controliren konnte, daß er keine Veränderung mit derselben vorgenommen habe; da ferner es auch immer mislich sein würde, die Identität der Probe von Dritten nach der bloßen Erinnerung bezeugen zu lassen, indem diese hiezu ohne Vergleichung mit einer zweiten Probe oder mit der Waare selbst sich selten im Stande fühlen würden; und da endlich der Käufer, wegen des ihm vom Verkäufer bei der Einhändigung der unversiegelten Probe geschenkten Vertrauens, und wegen des gewöhnlich ohne allen Anstand erfolgenden Anerkenntnisses der Aechtheit der Probe, welche der Erwerber vorlegt, sich gar nicht veranlaßt finden konnte, im Voraus für besondere Beweise zu sorgen.

§. 9.

So wie aber dieser Umstand im kaufmännischen Ver-

Digitized by Google

kehre häufig dahin führt, daß wer Jemandem eine Waare oder ein Geschäft vertrauet, ihm auch die Rechenschaft darüber vertrauen [10]), und sich statt sonst erforderlicher stringenter Beweise, mit den eigenen Aufzeichnungen oder eidlichen Versicherungen desselben begnügen muß, so ist das auch bei dem Handel nach Probe der Fall, und muß der Verkäufer hier mit der auf Verlangen eidlich zu erhärtenden Versicherung des Käufers, daß es unverändert die ihm beim Abschluß des Handels zugestellte Probe sei, zufrieden geben. Will er dieses nicht, so muß er den Beweis übernehmen, daß die Probe vertauscht, verfälscht oder sonst verändert worden sei [11]). Hiezu genügt es aber noch keinesweges, wenn er darthut, daß die dem Mäkler bei der Aufgabe der

---

[10]) Consolato del mare cap. 277. Lüb. Recht lib. 3. tit. 6. art. 20.

[11]) Bei manchen Gegenständen, z. B. bei dem Jamaikakaffe, soll eine solche Veränderung schon dadurch bewirkt werden, daß man die Probe wiederholt durch die Hand gehen läßt, indem dadurch namentlich jener Kaffe eine dunklere und bessere Farbe gewinne. In solchen Fällen erscheint es für den Verkäufer rathsam, bei dem Abschlusse des Geschäfts für die Absonderung eines demnächst bei der Prüfung der Waare zu benutzenden und intact zu erhaltenden Theils der Probe Sorge zu tragen; denn sonst würde dem Käufer aus dem wiederholten Besehen und Vorzeigen der Probe an Dritte kein Vorwurf zu machen, und der Verkäufer nicht zu hören sein, wenn er demnächst eine Erklärung über die Aechtheit der Probe, eines solchen eingetretenen Umstandes wegen, verweigern wollte; sondern ihm würde nur die Befugniß bleiben, die Sachverständigen bei der Untersuchung der Waare und der Vergleichung derselben mit der Probe hierauf aufmerksam zu machen. Diese Grundsätze befolgte das OAGericht bei einem am 16ten Junius 1826 J. S. Froichen Söhne c. Jahncke et Stoppel abgegebenen Erkenntnisse.

Waare eingehändigte Probe wirklich und aufrichtig unmittelbar von der jetzt zur Erfüllung des Vertrages angebotenen Waare genommen worden ist; denn es kommt nicht auf die Qualität der dem Mäkler gegebenen Probe an, sondern der Käufer hat ein Recht darauf, daß die Waare der ihm vom Mäkler zugestellten Probe entspreche. Hätte daher der Mäkler etwa die Probe flattirt, wie man es nennt, oder hätte sie auch nur zufällig in seiner Hand eine Verbesserung erlitten, so daß die Waare demnächst derselben an Güte nicht entspräche, so würde der Verkäufer den Käufer zur Abnahme derselben nicht anhalten können. Nach den in diesen beiden letzten Paragraphen entwickelten Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht sowohl in dem §. 6. erwähnten Rechtsfalle, als auch in der Note 11. gedachten Sache, indem es in der Hinsicht die Entscheidungen des hamburgischen Obergerichts lediglich bestätigte.

§. 10.

Die bisherige Erörterung ergiebt zur Genüge die wesentlichen Verschiedenheiten des Handels nach Probe von dem Handel nach Besicht; so wie die eigenthümlichen Vortheile, welche der eine und der andere dieser Arten von Handel dem Verkäufer und dem Käufer gewähren. Ersterer ist ein unbedingter, letzterer ein bedingter Handel; bei ersterem darf der Verkäufer sicher auf die Abnahme der Waare rechnen, wenn er auf die Probemäßigkeit und sonstige gute Beschaffenheit derselben vertrauen kann; bei letzterem hängt er in dieser Hinsicht ganz von der Willkühr des Käufers ab; dagegen aber haftet er bei dem Handel nach Probe dem Käufer für das Interesse, wenn die Waare der Probe nicht entspricht, und steht auch noch für andere aus der Probe nicht zu ersehenden Mängel ein, während

Digitized by Google

er bei dem Handel auf Beſicht ſicher iſt, daß der Käufer wegen der ſichtbaren Beſchaffenheit des Gutes nicht mehr zurück treten kann, wenn er daſſelbe einmal beſehen und genehmigt hat, und er dem Käufer nach hamburgiſchen Rechte ſelbſt für heimliche Mängel nicht mehr einſteht, wenn dieſer die beſehene Waare an ſeine Were genommen hat. Und wenn auf der andern Seite der Käufer, welcher auf Beſicht kaufte, den Vortheil genießt, nach Gefallen die Vollziehung des Geſchäfts ablehnen zu können, ſo entbehrt er doch vorläufig der näheren Kenntniß der Waare, welche bei dem Ankauf nach Probe ihm dieſe letztere gewährt, und ihm in derſelben zugleich ein Mittel giebt, ſchon vor der Empfangnahme das Gut weiter Dritten anbieten, oder ſonſt weiter darüber verfügen zu können. Dieſe verſchiedenartigen Wirkungen beider Geſchäfte geben nun wohl dazu Veranlaſſung, die beiden Clauſeln „nach Probe“ und „auf Beſicht“ mit einander zu verbinden.

§. 11.

So war es der Fall in folgender Rechtsſache, welche am 13ten Januar 1826 von dem Oberappellationsgerichte entſchieden wurde. Das Handlungshaus J. von Bergen et Comp. in Hamburg verkaufte im April 1825, nach Inhalt der darüber vom Mäkler ausgeſtellten Schlußnote, zwei noch in den Schiffen befindliche Ladungen anhaltiſchen Weitzens an Schröder, Mahs et Comp. daſelbſt, mit der Zuſicherung, daß der Weitzen 127 bis 128 Pfund holländiſch im Gewicht habe, im Uebrigen nach Probe, in 8 bis 10 Tagen zu empfangen, und auf Beſicht. Der Weitzen wurde am folgenden Tage von den Käufern beſichtigt, und probemäßig, aber ihrer Angabe nach zu leicht befunden, und deshalb, wie ſie behaupteten, den Verkäufern

durch den Mäkler erklärt, daß sie den Weitzen nur dann empfangen würden, wenn er, was sich durch Reinigen und Bearbeiten bisweilen erreichen läßt, auf das stipulirte Gewicht gebracht würde. Die Verkäufer behaupteten aber ihrerseits, theils daß der Weitzen zur Zeit des Besichts die versprochene Schwere gehabt und diese nur bei verzögertem Empfange verloren habe, theils daß die Käufer denselben unbedingt gebilligt hätten; und belangten sie daher dieselben auf Annahme und Bezahlung der Waare. In dem hierüber entstandenen Prozesse kam unter andern auch die Frage zur Sprache, ob die Kläger außer zu dem Beweise der unbedingten Genehmigung des Weitzens auch zu dem Beweise zugelassen werden könnten, daß derselbe zur Zeit des Besichts das versprochene Gewicht gehalten habe, oder ob die Nachlassung dieses Beweises mit der Natur eines auf Besicht geschlossenen Handels in Widerspruch stehen würde, indem bei einem unter der Clausel geschlossenen Geschäfte der Käufer nach Gefallen die Waare ablehnen könne.

§. 12.

Nun würde allerdings dieses Letztere anzunehmen gewesen sein, wenn der Handel schlechthin auf Besicht gelautet hätte; aber die Verbindung dieser Clausel mit der Zusicherung eines bestimmten Gewichts und der probemäßigen Beschaffenheit der Waare von Seiten des Verkäufers mußte auf eine andere Ansicht von der Sache führen. Denn hätten sich die Käufer durch die Clausel „auf Besicht" noch die Befugniß offen erhalten wollen, den Weitzen ganz nach ihrem Gefallen annehmen oder verwerfen zu dürfen, so würden die beiden andern Bestimmungen in der Schlußnote über die Probemäßigkeit und über das Gewicht dessel-

Digitized by Google

ben ganz müssig gewesen sein, indem es ja dann ohnehin schon den Käufern freigestanden haben würde, die Waare abzulehnen, wenn sie etwa in einer der letztgedachten Rücksichten ihren Erwartungen nicht entsprochen hätte. Müssiges und Ueberflüssiges in einem Vertrage ist aber ohne Noth nicht anzunehmen. Eine solche Nothwendigkeit war aber in jenem Falle durchaus nicht vorhanden; denn da die Clausel „auf Besicht" den Käufer im Allgemeinen nur deshalb berechtigt, die Waare nach Gefallen zu nehmen oder abzulehnen, weil gar keine nähere Beziehung, in welcher die Besichtigung und Prüfung der Waare dem Käufer gestattet sein soll, angeführt ist[12]); so fanden sich dagegen in den beiden andern Bestimmungen der Schlußnote, daß die Waare der Probe entsprechen, und daß sie ein bestimmtes Gewicht halten solle, zwei Gegenstände angegeben, rücksichtlich deren der Besicht gar füglich stipulirt sein konnte; so daß die Meinung nur dahin ging, die Kläger sollten den Weitzen sofort besichtigen, und sich sodann darüber erklären, ob sie ihn probemäßig und gewichthaltig fänden oder nicht. In einer solchen Verbindung mit der Clausel „nach Probe" verliert daher die Bestimmung „auf Besicht" die Natur einer Potestativ-Bedingung zu Gunsten des Käufers, sondern sie dient vielmehr im Interesse des Verkäufers dazu, demselben sofort eine Gewißheit darüber zu verschaffen, ob der Käufer die probemäßige Beschaffenheit der Waare, und daß dieselbe auch sonst empfangbar sei, anerkenne oder nicht. Hier erscheint mithin die Clausel „auf Besicht" nur als eine Nebenbestimmung bei der principaliter gemeinten Stipulation der Probemäßigkeit,

12) S. d. vorige Abhandl. §. 1.

Digitized by Google

und ist der Handel als auf die versprochenen Eigenschaften der Waare sofort rein abgeschlossen anzusehen. Dieses anzunehmen konnte in dem erwähnten Falle um so weniger einem Bedenken unterliegen, da von der einen Seite die Verkäufer es geltend machten, daß die Clausel „auf Besicht" in ihrem Interesse und auf ihren Betrieb in die Schlußnote aufgenommen worden sei, um bei der damals im Weitzenhandel eingetretenen Conjunctur zu einer schleunigen Entscheidung darüber zu gelangen, ob die Waare empfangbar befunden werde oder nicht; und da die Käufer ihrerseits in der höchsten Instanz einräumten, daß es ihnen nach dem vorliegenden Vertrage nicht frei gestanden habe, den Weitzen nach Gefallen, sondern nur, ihn wegen einer probewidrigen und zu leichten Beschaffenheit zu verwerfen. Es wurde daher mit den vorigen Richtern den Verkäufern auch noch der zweite oben erwähnte Beweis nachgelassen, daß der Weitzen zur Zeit des Besichts das versprochene Gewicht gehalten habe, indem, wie gedacht, die probemäßige Beschaffenheit desselben außer Streit war.

Digitized by Google

XIV.

Ueber das Versprechen gerichtlicher Vertretung.

§. 1.

Es kommt nicht selten vor, daß Jemand einem Andern gegen eine gewisse von demselben erhaltene Leistung das Versprechen ertheilt oder ihm wohl gar eine Sicherheit dafür bestellt, daß, wenn ein Dritter dieses Gegenstandes halber Ansprüche an ihn machen sollte, er ihn dawider vertreten wolle. Dem römischen Rechte ist dieses unter dem Namen einer cautio defensum iri bekannt; und kommen dabei theils der Inhalt dieser Caution, theils die Fälle, wo sie Anwendung findet, theils endlich die rechtlichen Folgen derselben in Betracht. Um aber die practische Wichtigkeit dieser Caution gehörig würdigen zu können, muß vor allen Dingen mit der Untersuchung der Anfang gemacht werden, wozu sie den Promittenten eigentlich verpflichte, und was die wirkliche Uebernahme der defensio wirke, und soll sich hieran demnächst eine Erörterung der einzelnen Fälle, in welchen sie gefordert werden kann, anknüpfen, und zuletzt eine Entwickelung der rechtlichen Folgen den Beschluß machen, die eintreten, wenn der Stipulator selbst die Führung des Prozesses behält, oder der Cavent die Vertretung des Stipulators zu übernehmen sich beharrlich weigert.

§. 2.

Was nun zuvörderst den Inhalt der durch ein solches

Digitized by Google

Verſprechen der defensio übernommenen Verpflichtung anbetrifft, ſo ließe ſich mit einigem Scheine behaupten, daß der Cavent dadurch nicht gerade genöthigt werde, den Rechtsſtreit für den Andern zu führen, ſondern nur ihm hinterher den Schaden zu erſetzen, den er durch die Anſprüche des Dritten erleidet. Denn es iſt nicht nur eine von den Mehrſten aufgeſtellte allgemeine Behauptung, daß aus einer obligatio ad faciendum nicht auf präciſe Erfüllung durch Vornahme des verſprochenen Handelns, vielmehr bloß auf das Intereſſe wegen Nichterfüllung geklagt werden könne [1]), ſondern er heißt auch inſonderheit in einer Stelle, nullas praetoris partes esse ad compellendum defendere, sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse [2]), und ſcheint dieſes um ſo natürlicher, weil man doch Niemandem wider ſeinen Willen einen andern Gegner in einem Rechtsſtreite aufdrängen kann. Zudem ſcheint hiefür auch die Analogie deſſen, was in Evictionsfällen Rechtens iſt zu ſprechen, indem hier nach der gewöhnlichen Meinung der

---

[1]) Siehe ganz beſonders Donellus ad l. 72. D. de V. O. nr. 24 — 49. in commentario ad Tit. Dig. de V. O. ed Francof. a. 1599. pag. 265 — 275. Vinnius ad pr. I. de empt. et vendit. (3, 24.) nr. 3 — 7. Erſterer geht hiebei ſo weit, daß er ſelbſt gegen den Verkäufer, weil dieſer nur zu einem tradere, alſo einer Art des facere, verpflichtet iſt, keine Klage auf Ablieferung des gekauften Gegenſtandes, ſondern nur auf das Intereſſe zuläßt. Letzterer geſtattet zwar bei einer obligatio ad tradendum eine Klage auf präciſe Erfüllung, und die Anwendung von Zwangsmitteln hiezu; aber, wenn ein reines Handeln in Frage ſteht, ſo achtet er ebenfalls nur eine Entſchädigungsklage für zuläſſig.

[2]) l. 45. pr. D. de procuratoribus (3, 3).

Digitized by Google

Verkäufer ebenfalls nicht zur gerichtlichen Vertretung des Käufers, sondern nur nach eingetretener Eviction zur Leistung des Schadensersatzes angehalten werden kann[3]).

§. 3.

Allein, obwohl im römischen Rechte im Ganzen nur ein geringeres Gewicht auf die präcise Leistung des Versprochenen gelegt, und mehrentheils auf ein in Gelde angeschlagenes Interesse geklagt worden zu sein scheint[4]), so ist es doch jedenfalls eine unrichtige Behauptung, daß gar keine Klage auf die Vornahme der versprochenen Handlung selbst zugelassen worden sei. Nur, wenn die bestimmte Erfüllung des Versprechens nicht mehr möglich war, weil Zeit und Gelegenheit dazu bereits vorüber gegangen waren, konnte der Natur der Sache nach bloß von einer Klage auf das Interesse die Rede sein[5]). Und, wenn jetzt nach-

[3]) arg. l. 1. C. de periculo et commodo (4, 48). Frantzke commentar. ad Pand. lib. 21. tit. 2. nr. 631 — 6. Pufendorf observ. Tom. 2. obs. 35. §. 13, 14. Thibaut System der Pandekten B. 3. §. 1272. Gönner Handbuch des Proz. B. 1. Abhandl. 17. §. 5. Danz Grundsätze d. ordentl. Proz. Ausg. v. Gönner §. 488. nr. 5. Gensler im Archiv f. d. civil. Praxis B. 4. S. 186 — 8.

[4]) „Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est" heißt es in Gaii Inst. IV, 48. So sagt auch Celsus von dem, welcher es versprochen hatte, Schaden von dem Andern abzuwenden, und ihn doch nicht abgewandt hatte, „quia non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus." l. 13. §. 1. D. de re iudicata (42, 1).

[5]) Aus diesem Gesichtspunkte erklären sich viele der Stellen, worauf die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung sich berufen,

Digitized by Google

dem der Schuldner sich bereits in Verzug befindet, dem Gläubiger an der präcisen Erfüllung nichts mehr gelegen ist, und er es vorzieht, statt dessen auf das Interesse zu klagen, so soll ihm auch dieses gestattet, und der Schuldner nicht mehr, wie das ihm in anderen Fällen frei steht[6]) befugt sein, sich der Condemnation durch die Leistung des Versprochenen zu entziehen[7]). Aus diesen Umständen erklärt es sich denn auch genügend, weshalb das römische Recht die stipulationes faciendi zu den incertis zählt, denn das sind sie, insoweit auf das erst nach den Umständen zu ermittelnde Interesse geklagt wird, allerdings; und nur in dieser Beziehung wird hier von einer obligatio incerti geredet[8]). Entscheidend aber ist der Umstand, daß im römischen Rechte viele Fälle vorkommen, wo eine Klage auf und ein Zwang zu einem Handeln gestattet werden. So, um nur einige Beispiele heraus zu heben, wird gegen den, welcher ein baufälliges Haus zu stützen oder ein Haus zu bauen versprochen hat, eine Klage auf die Erfüllung dieses Versprechens gegeben[9]); so ferner gegen den Erben

---

namentlich l. 3. D. si quis in ius vocatus (2, 5); l. 72. pr., l. 81. D. de V. O. (45, 1); l. 13. §. 1. D. de re iudicata. Cf. Gaii Inst. IV, 46.

[6]) Gaii Inst. IV, 114; §. 2. I. de perpet. et temporal. act. (IV, 12.) ibique Theophilus.

[7]) l. 1. pr. D. de act. empti (19, 1); l. 84, l. 113. §. 1. D. de V. O. (45, 1.) coll. l. 8. §. 1, D. de edendo (2, 13.); l. 17. med. C. de fide instrum. (4, 21).

[8]) l. 68, l. 75 §. 7. coll. pr.; l. 112. §. 1. D. de V. O. (45, 1).

[9]) l. 72. §. 2. D. de V. O. (45, 1.) ibique Cuiacius (in oper. prior. edit. Francof. Tom. 2. pag. 341); l. 98. §. 1. D. eod. Dieses Gesetz ergiebt, daß Donellus die l. 14. eod.

Digitized by Google

auf die Errichtung des ihm vom Teſtirer aufgetragenen öffentlichen Gebäudes [10]). So wird außerdem nicht bloß ein Zwang, um die Rückgabe einer Sache zu bewirken, für zuläſſig erklärt [11]), was freilich auf beſonderen Gründen zu beruhen ſcheint, ſondern er ſoll auch gegen den Schiedsrichter angewandt werden dürfen, um ihn zur Abgabe des verheißenen Spruches zu nöthigen [12]).

§. 4.

Was nun namentlich die Verpflichtung, Jemanden gerichtlich zu vertreten, anbetrifft, ſo kann es hiebei gar nicht füglich beſtritten werden, daß auf die wirkliche Uebernahme der defensio geklagt, und zur Realiſirung dieſer Verbindlichkeit Zwang angewandt werden könne. Erſteres findet

---

misverſteht, wenn er ſie ſo auslegt, als könne aus einer obligatio faciendi nie eher geklagt werden, als bis das factum nicht mehr möglich ſei, wo dann freilich nur die Klage auf das Intereſſe übrig bleiben würde. Die Stelle will aber nur ſagen, man könne nicht eher klagen, als bis der Promittent in Verzug gerathen ſei; das iſt aber nichts dieſer Art von Obligationen Eigenthümliches.

[10]) l. 11. §. ult. D. de leg. III. (32). Andere Fälle ſ. bei Thomasius D. de quaestione an promittens factum liberetur praestando id, quod interest. §. 18 — 31. (Dissert. Academ. Tom. 4. nr. 123. pag. 455 — 473).

[11]) l. 68. D. de R. V. (6, 1). Auf beſonderen Gründen könnte es ebenfalls beruhen, daß, wenn bei einer novi operis nunciatio eine satisdatio geleiſtet, und darauf fortgebauet iſt, der demnächſt unterliegende Bauherr von dem Gegner zur Herſtellung des alten Zuſtandes angehalten werden kann. l. 21. §. 4. D. de novi operis nunciat. (39, 1).

[12]) l. 3. §. 1; l. 11. §. 1; l. 32. §. 1. D. de receptis, qui arbitr. (4, 8).

Digitized by Google

ſich in mehreren Stellen beſtimmt vorgeſchrieben. In der Lehre von der Schenkung kommt theils der Fall vor, daß der Vater eine ihm angefallene Erbſchaft ſeiner emancipirten Tochter, die deshalb auch die Erbſchaftsgläubiger befriedigen muß, geſchenkt hat, und nun, da die Tochter dieſes unterläßt, von derſelben in Anſpruch genommen wird, wo dann Papinian entſcheidet: „cogendam eam per actionem praescriptis verbis, patrem adversus eos defendere;“ theils der Fall, daß ein Vater ſeinem Sohne Grundſtücke mit der Bedingung, ſeine des Vaters Schulden zu bezahlen, geſchenkt hat, und die Gläubiger doch wider den Vater klagen, wo es nun vom Sohne heißt: „eum incerta civili actione ad placitorum obsequia urgeri secundum legem donationibus dictam convenit[13].“ Sodann iſt es zwar, wie oben bemerkt, die gemeine Lehre, daß der Verkäufer nur erſt nach beendigtem Evictionsprozeſſe auf Entſchädigung für die evincirte Sache belangt werden könne; allein, ſo richtig dieſe Behauptung erſcheint, wenn der Käufer, wozu er allerdings berechtigt iſt, ſich ſelbſt gegen die Vindication des Dritten vertheidigen und den Verkäufer dabei nur zu ſeinem Beiſtande auffordern will[14]; ſo ſteht es ihm doch auf der andern Seite nach klarer geſetzlicher Vorſchrift auch ſchon während des Evictionsproceſſes frei, den Käufer auf gerichtliche Vertretung in Anſpruch zu nehmen.

---

[13]) l. 28. D. de donation. (39, 5); coll. l. 22. C. eod. (8, 54). Thomasius l. not. 10. cit. §. 23.

[14]) vid. l. 63. D. de re iudicata (42, 1). coll. l. 21, 23. C. de evict. (18, 45).

Digitized by Google

Mota quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest[15]).

Endlich läßt auch in dem Falle, wo der Procurator, weil er für den Principal klagend auftritt, denſelben ebenmäßig bei der Widerklage zu vertreten verpflichtet iſt[16]), das römiſche Recht nicht bloß gegen ihn eine Klage aus der in letzterer Hinſicht beſtellten cautio iudicatum solvi zu, ſondern, wenn der Widerkläger ſich hiemit nicht zufrieden ſtellen laſſen will, ſo geſtattet es gegen ihn einen Zwang zur defensio[17]). Wenn nun aber in dieſen Fällen, wo

---

[15]) l. 74. §. 2. D. de evictionibus (21, 2). coll. l. 75. D. de procurator. (3, 3). Burgundius de eviction. cap. 49. Lauterbach collegium lib. 21. tit. 2. §. 34, 38. Schweppe röm. Privatrecht. §. 441. Vergl. noch Martin Lehrb. des bürgerl. Proz. §. 296. not. t.

[16]) l. 33. §. 3 — 5; l. 35. §. 2; l. 46. §. 1. D. de procurator. (3, 3); l. 5. C. eod. (2, 13).

[17]) l. 35. §. 3. D. eod. . . . „Praeter satisdationem procurator ita defendere videtur, si iudicium accipiat. Unde quaesitum est apud Iulianum, an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam, stipulationem committi: et Iulianus scribit libro tertio Digestorum, compellendum accipere iudicium, nisi et agendum causa cognita recusaverit . . . „Cf. l. 8. §. 3. l. 46. §. 3. D. eod. Zwar meint Donellus l. not. 1. cit. nr. 49. der Zwang habe hier bloß darin beſtanden, daß dem Procurator nun auch die Klage für den Principal verweigert worden ſei, (cf. l. 5. C. eod.); allein das Geſetz ſagt vielmehr, er könne, wenn er nicht den Umſtänden nach auch von der Klage abſtehen wolle, (cf. l. 8. §. 3; l. 14. D. eod.), zur defensio gezwungen werden; es geſtattet alſo jenen Zwang neben der Fortſetzung der Vorklage:

Digitized by Google

die Verbindlichkeit, Jemanden gerichtlich zu vertreten nur aus demjenigen, was ein anderes Rechtsgeschäft mit sich brachte, hervorging, eine Klage hierauf nebst der Anwendung von Zwangsmitteln zugelassen wurde, so darf man wohl um so weniger an der Statthaftigkeit derselben zweifeln, wenn geradezu das Versprechen der defensio geleistet ist.

§. 5.

Dawider kann man sich denn auch nicht auf die oben angeführte l. 45. pr. D. de procuratoribus berufen; denn diese Stelle redet, wie ihr Zusammenhang mit den vorhergehenden Fragmenten[18]) ergiebt, gar nicht von einer geleisteten cautio defensum iri, sondern von einer cautio iudicatum solvi. Aus dieser letzteren hatten nun Manche die Verpflichtung des Caventen abgeleitet, daß er, wo Gefahr auf dem Verzuge hafte, zur gerichtlichen Vertretung des Principals genöthigt werden könne. Dieses, aber auch nur dieses, verwirft nun Paulus in Uebereinstimmung mit Sabinus in der l. 45. pr. cit., und zwar lediglich aus dem Grunde, weil das nicht in der übernommenen cautio liege, keineswegs aber deshalb, weil Niemand gezwungen werden könne, die defensio eines Andern zu übernehmen. Auch der Einwand, daß eine solche Verpflichtung deshalb nicht zu Recht bestehen könne, weil dadurch dem Dritten unzulässiger Weise ein anderer Gegner aufgedrängt werden würde, ist völlig unhaltbar; denn brauchte

---

und läßt nur die Folge, die Verbindlichkeit zur defensio, wegfallen, wenn der Grund derselben, die Anstellung der Klage für den Principal, wieder beseitigt werden sollte.

[18]) l. 43. §. 6; l. 44. D. eod.

Digitized by Google

ſich dieſes auch der Dritte nicht gefallen zu laſſen, ſo würde demohngeachtet der Promittent hieraus keinen Einwand gegen denjenigen hernehmen können, den zu vertreten er verſprochen hatte, ſondern er würde es erwarten müſſen, daß der Dritte ihm ſeine Legitimation beſtritte. Allein man muß unbedenklich noch ſo viel weiter gehen, zu behaupten, daß der Dritte eine ſolche Verabredung gar nicht durchaus unwirkſam machen könne. Zwar wird er dadurch nicht in der Maaße gebunden, daß er genöthigt wäre den defensor, wenn dieſer auch bereit iſt, den Prozeß zu übernehmen, direct zu belangen[19]), ſondern er kann immer noch ſein Recht gegen ſeinen urſprünglichen Gegner geltend machen; allein er kann denſelben nicht zwingen, den Rechtsſtreit in eigener Perſon zu führen, ſondern muß es ſich gefallen laſſen, wenn dieſer zu ſolchem Ende einen procurator beſtellt[20]). So, wenn bei einer Erbtheilung der Richter dem einen Erben gewiſſe Forderungen oder Schulden ganz zugetheilt hat,

. . .„haec adtributio non illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur: sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt[21]);

---

[19]) arg. l. 29. D. eod.; l. 28. D. de donat. (39, 5).

[20]) l. 42. §. 2; l. 46. pr.; l. 65. D. de procurator. (3, 3).

[21]) l. 3. D. familiae erciscundae (10, 2).

Digitized by Google

und auf gleiche Weise war es nicht nur bei den Römern sehr gewöhnlich, sondern es muß auch für völlig statthaft geachtet werden, daß die Partei denjenigen, der ihr bei einem nachtheiligen Ausgange des Rechtsstreits für den Regreß haftete, zu ihrem Procurator bei demselben bestellte[22]). Namentlich war dieses die Form, in welcher im Evictionsprocesse der Verkäufer den Käufer vertrat, wenn dieser ihn zur defensio aufgefordert hatte[23]). Außerdem muß der Kläger, welcher einen Abwesenden in Anspruch nimmt, oder wo der Belangte im Gerichte ausbleibt, es sich auch allerdings gefallen lassen, daß für denselben Jemand die gerichtliche Vertheidigung ohne dessen Anftrag übernimt, und dadurch die negotia des Abwesenden oder Ausbleibenden gerirt[24]); und diese auf solche Weise vor den Folgen der contumacia bewahrt.

§. 6.

Uebrigens gestalten sich die Verhältnisse etwas anders, wenn zulässiger Weise ein eigentlicher defensor in der Sache auftritt, als wenn der Dritte die anwesende Partei selbst belangt, diese aber Jemanden zum Prokurator bestellt, um sie gerichtlich zu vertheidigen. Im dem ersteren Falle galt zur Sicherheit des Klägers der Grundsatz: „nemo sine satisdatione alienae rei defensor idoneus intelligi-

---

[22]) l. 42. §. 4, 5. D. de procurator. (3, 3); l. 10. §. 12. D. mandati (17, 1).

[23]) l. 21. §. 2; l. 66. §. 2. D. de eviction. (21, 2). Martin Lehrbuch d. bürgerl. Proz. §. 296. Gensler im Archiv f. d. civil. Praxis B. 4. S. 188, 9.

[24]) §. 5. I. de satisdat. (4, 11); l. 33. §. 2. D. de procurator. (3, 3); l. 12. C. eod. (2, 13); coll. l. 1; l. 31. §. 2. D. de negot. gestis (3, 5).

Digitized by Google

tur[25])", oder, wie er auch sonst wohl ausgedrückt wurde: „qui rem alienam defendit, nunquam locuples habetur[26])", und mußte hienach der auftretende Vertheidiger die cautio iudicatum solvi, und, insofern er etwa in irgend einer Hinsicht für den Vertretenen auch die Rolle des Klägers zu übernehmen hatte, zugleich die cautio rem ratam haberi bestellen[27]); wodurch die Sache nun in die Lage kam, daß er, obwohl die Klage auf die Verpflichtung seines Principals gegründet werden mußte, im Uebrigen doch formell als die eigentliche Partei angesehen wurde. Mit ihm, nicht mit dem Principal wurde lis contestirt[28]), und konnte nachher der Principal ihn nicht einmal mehr von der Prozeßführung verdrängen[29]). Es lag dem defensor ob, bei derselben alles dasjenige zu thun, was dem Principal selbst obgelegen[30]), und, wie es diesem geziemt

---

[25]) Gaii Inst. IV, 101; §. 2 u. 5. I. de satisdat. (4, 11); ibique Theophilus.

[26]) l. 166. D. de R. I. (50, 17).

[27]) l. 35. §. 3; l. 40. §. 2; l. 46. §. 2; l. 51. §. 2; l. 53; l. 75, 76. D. de procurator.; l. 12. C. eod. (2, 13); l. 63. D. de Judiciis (5, 1); l. 5. §. 3; l. 10. D. iudicatum solvi (46, 7).

[28]) l. 11. §. 7. D. de except. rei iudic. (44, 2).

[29]) l. 64. D. de procurator. (3, 3). Materiell bleibt es freilich, wenn nicht der defensor für seine Rechnung die Sache übernommen hat, noch die Sache des defensus, und wo daher, wie bei den Fristen zur Einwendung der Appellation, auf das Materielle der Verhältnisse gesehen wird, da wird die Sache nicht als eine causa propria defensoris, sondern als eine causa aliena eius behandelt. l. 1. §. 13. coll. §. 11. D. quando appellandum (49, 4).

[30]) „Defendere autem est, id facere, quod dominus in litem

Digitized by Google

haben würde, den Rechtsſtreit ohne Verſchleppung der Sache und ohne Chicane zu führen[31]). Erfolgt nun demnächſt ein abſolutoriſches Erkenntniß, ſo nützt zwar, dem ganzen Zwecke der defensio nach, die Einrede der rechtskräftig entſchiedenen Sache auch dem Vertretenen, aber ſie kommt auch dem defensor zu ſtatten, ſo daß künftig aus dem klagend verfolgten Rechte keine neue Klage gegen ihn erhoben werden kann, und daß er nunmehr von der übernommenen Caution befreiet wird[32]). Wird dagegen condemnatoriſch geſprochen, ſo lautet die Condemnation auf die Perſon des defensor[33]) und kann die actio iudicati an ſich nicht gegen den Vertretenen, ſondern, wie dieſes der Inhalt der geleiſteten Caution mit ſich bringt, und wie es, wenn auch jene Caution nicht geleiſtet ſein ſollte, doch daraus, daß der Vertreter hier als liti sese offerens erſcheint, hervorgehen würde, nur gegen den defensor angeſtellt werden[34]). Daher liegt denn in der defensio eine Interceſſion, und iſt mithin dieſelbe den Weibern in der Regel verboten, ausgenommen, wenn ſie die Vertheidigung des-

faceret;“ oder „defendere est eandem vicem quam reus subire.“ l. 35. §. 3; l. 51. §. 1. D. de procurat. (3, 3). Cuiac. quaest. Papin. lib. 18. ad l. 7. D. 33, 4. (edit. Fabrot. T. 4. p. 492. B.).

31) l. 77. l. 78. pr. D. eod.

32) Vid. not. 28.

33) „Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur, dominum dare oportere; condemnatio autem in eius personam convertitur, qui iudicium accepit . . . .“ Gaii Inst. IV, 87. coll. 86.

34) l. 28; l. 61. D. de procurator. (3, 3); l. 4. pr. D. de re iudic. (42, 1). Vide tamen l. 7. §. 2. D. de dote praeleg. (33, 4).

Digitized by Google

jenigen übernehmen, dem sie im Falle er selbst verurtheilt worden wäre, für den Regreß hätten haften müssen [55]).

§. 7.

Belangt hingegen der Kläger die anwesende Partei und diese bestellt einen Procurator, so geschieht dieses entweder, damit derselbe für ihre, oder damit er für seine Rechnung und Gefahr den Rechtsstreit durchführe; mit andern Worten, sie bestellt ihn entweder schlechthin zu ihrem Procurator, oder zu ihrem procurator in rem suam. Gegen Ersteres kann der Kläger nichts einwenden; denn, obwohl nach dem älteren Rechte auch in diesem Falle, wie bei dem defensor, die Verurtheilung gegen den Procurator ausgesprochen [56]), dem gemäß an und für sich nur gegen diesen die actio iudicati zugelassen wurde, und es darauf zu beruhen scheint, daß in einem solchen Falle der Principal auf Verlangen des Klägers zur Bestellung einer cautio iudicatum solvi für den Procurator angehalten wurde [57]); so hat sich dieses doch im neueren Rechte dahin abgeändert, daß der gewöhnliche Procurator, insofern er nur mit gehöriger Vollmacht versehen war, die actio iudicati von sich ablehnen kann, und diese gegen den Principal

---

[55]) l. 2. §. 5; l. 3. D. ad SCtum Vellei. (16, 1); coll. l. 54. pr. D. de procurat. (3, 3). l. 4, 18. C. eod. (2, 13). Vergl. noch Abhdl. 10. §. 10.

[56]) Cf. not. 33.

[57]) l. 42. §. 2. l. 46. pr. D. de procurat. (3, 3); l. 10. D. iudicatum solvi (46, 7). Dieses letztere Gesetz hebt den hiebei zwischen dem defensor und dem procurator ad defendendum datus eintretenden Unterschied recht bestimmt hervor. Ersterer bestellt die Caution selbst, für Letzteren bestellt sie der Prinzipal.

Digitized by Google

anzuſtellen iſt[38]). Da ſonach durch eine ſolche Procuraturbeſtellung die Perſon des eigentlichen Beklagten für den Kläger unverrückt bleibt, ſo bedarf es jetzt, wo man den Gegner ſelbſt, zu Anfange des Rechtsſtreits in der Regel nicht mehr mit Cautionen beſchwert[39]), auch bei der Beſtellung eines ſolchen Procurators keiner Caution, ſondern nur einer zuverläſſigen beſtimmten Vollmacht, und des ſolemnen Verſprechens, dem was gegen den Procurator erkannt werden werde, ein Genüge leiſten zu wollen[40a]). Iſt nun aber der Procurator zum procurator in rem suam beſtellt, wie ja ein ſolcher Procurator nicht bloß auf Seiten des Klägers, ſondern eben ſo gut auch auf Seiten des Beklagten vorkommen kann[40b]), ſo iſt es in der That ſein Rechtsſtreit, den er führt[41]), und es treten, wenn er vom

[38]) l. 4. pr. D. de re iudicata (42, 1); coll. l. 31; pr.; l. 61. D. de procurat. (3, 3).

[39]) §. 2. coll. pr., §. 1. I. de satisdat. (4, 11); ibique Theophilus.

[40a]) §. 4. I. eod.; l. 65. D. de procurat. (3, 3). Nur, wenn das Mandat zweifelhaft iſt, muß der Procurator noch jetzt die erforderliche Caution leiſten. l. 39. §. 1, 6.; l. 65. D. de procurat. (3, 3); l. 3. §. 2. D. ut in possess. legator. (36, 4); l. 1. C. de procurat. (2, 13).

[40b]) Bachovii commentar. ad primam part. Pandect. lib. 3. tit. 3. cap. 1. nr. 8.

[41]) l. 25. in fin. D. de procurat. (3, 3), verbis: „propria lite.“ Daher kann er auch mit eigenen Forderungen wider den Kläger compenſiren, l. 18. pr. D. de compensat. (16, 2); und er muß in der Sache, als auch materiell der ſeinigen intra biduum, nicht wie in causa aliena intra triduum, appelliren. l. 20. §. 1. D. de appellat. (49, 1); l. 1. §. 12. coll. §. 11. D. quando appellandum (49, 4).

Digitized by Google

Kläger in solcher Eigenschaft zugelassen wird, gleiche Verhältnisse bei ihm, wie bei dem defensor ein. Er trägt die Kosten des Prozesses[42]), der Prinzipal kann ihn von demselben nicht verdrängen[43]), und erfolgt ein condemnatorisches Erkenntniß, so geht die actio iudicati gegen ihn, nicht gegen seinen Mandanten[44]). Nur in der Hinsicht unterscheidet sich ein solcher Procurator von einem defensor, daß er nicht, wie dieser in gewöhnlichen Fällen thut, für den Prinzipal intercedirt, sondern sein eigenes Interesse wahrnimt, weshalb denn auch ein Weib unbedingt als procurator in rem suam bestellt werden kann[45]). Dadurch, daß der Beklagte dem Kläger einen procurator in rem suam giebt, verändert er daher dessen Lage wesentlich, und es kann folglich derselbe nicht anders genöthigt werden, sich mit diesem Procurator in dessen gedachter Eigenschaft einzulassen, als wenn der ursprüngliche Beklagte durch eine Caution die Sache in die Lage bringt, daß auch er noch fortwährend dem Kläger verhaftet bleibt. Dieses geschieht aber nicht durch eine bloße cautio rati, denn diese würde, als sich auf ein fremdes Geschäft beziehend, ihn zu nichts verpflichten; sondern hier ist noch jetzt eine bestimmte cautio iudicatum solvi erforderlich[46]). Leistet aber der Prinzipal diese, so hat nun auch der Kläger gar keinen Vorwand mehr, die Uebertragung des Rechtsstreits auf den procurator in rem suam abzulehnen; denn es

---

[42]) arg. l. 30. D. eod.

[43]) l. 55. coll. l. 69. D. eod.

[44]) Vid. not. 34.

[45]) l. 4. C. de procurator. (2, 13).

[46]) arg. l. 42. §. 2. coll. l. 29. D. eod.

Digitized by Google

bleibt ihm nicht nur sein bisheriger Schuldner durch die Caution verhaftet, sondern er gewinnt in dem Procurator noch einen neuen Schuldner hinzu, und hat, falls er sich nur bei der Bestellung der Caution gehörig vorgesehen, demnächst bei der Exsecution die freie Wahl, gegen wen von beiden er dieselbe verfolgen will.

§. 8.

Die bisherige Erörterung ergiebt zur Genüge, daß derjenige, welcher Jemandem versprochen hat, ihn wider die Ansprüche eines Dritten gerichtlich vertreten zu wollen, solches Versprechen jedenfalls in der Maaße erfüllen kann, daß er für denselben die Führung des Rechtsstreits übernimt, und daß er in der Regel auch im Stande sein wird, ihn, falls sich das Versprechen hierauf erstreckt hat, gleich im Anfange des Prozesses von aller Verbindlichkeit gegen den Kläger zu befreien, wenigstens aber doch durch prompte Erfüllung dessen, wozu er rechtskräftig verurtheilt werden möchte, alles weitere Risiko von dem stipulator zu entfernen. Leistet daher der Promittent bei der cautio defensum iri für dieses Letztere nur eine hinreichende Sicherheit, so gewährt diese Caution Jenem den großen Vortheil, daß er in dem Rechtsstreite nur noch dem Namen nach Partei bleibt, in der That aber weder die Mühe und die Kosten seiner Führung, noch das Risiko seines Ausganges trägt. Denn, sollte auch eine gesetzwidrige Verurtheilung des Vertreters erfolgen, so muß derselbe hier, wo die Sache von ihm übernommen und zunächst und unmittelbar ihm selbst vom Richter das Unrecht zugefügt ist, diesen Unfall ohne allen Zweifel tragen, wenn das nicht auch schon ohnehin, wie weiter unten zu entwickeln ist, der Zweck der gedachten Caution mit sich brächte. Nachdem auf solche Weise

Digitized by Google

bisher die practisch wichtigen Folgen der cautio defensum iri, besonders wenn der Cavent die Vertretung des Andern für seine Rechnung und Gefahr übernommen hat, entwickelt worden sind, so wird es jetzt an der Stelle sein, die einzelnen Fälle näher zu betrachten, in welchen nach den Gesetzen jene Caution anwendbar und in welchen ihr Gebrauch zweckmäßig ist. Es wird aber hiebei im Folgenden immer vorausgesetzt, daß die defensio auf das eigene Risiko des Vertheidigers übernommen worden ist. Hier zeigt sich nun der eigentliche Nutzen der Caution in solchen Fällen, wo eine indirecte Collision von Rechten eintritt, so daß Mehrere von einem Dritten dieselbe Sache oder dieselbe Leistung fordern, ohne daß dieser zweimal dazu verpflichtet sein kann; und findet sie dann Anwendung sowohl in dem Falle, wenn der Dritte Einem der mehreren Prätendenten das Recht oder die Forderung zugesteht, als wenn er sie Allen bestreitet.

§. 9.

Räumt er zuvörderst ein, daß Einem der mehreren Prätendenten die Sache oder das Recht gebühre, so hat er es demjenigen einzuräumen, den er für den Berechtigten anerkennt, dagegen aber von demselben eine Caution zu verlangen, daß er ihn gegen die Ansprüche des Andern vertreten wolle. Sollte er aber über die Person des Berechtigten im Zweifel sein, so kann er es demjenigen hingeben, der ihm diese Caution bestellt, und, insofern die sämtlichen Prätendenten hiezu bereit sind, hiebei unter denselben eine freie Wahl treffen. Ist z. B. Jemandem ein Vermächtniß hinterlassen, und es machen nun Zwei desselben Namens darauf Anspruch, ohne daß es klar ist, wen der Testirer gemeint hat, so steht zwar den eingesetzten Erben die Befug-

Digitized by Google

niß zu, beiden die Auszahlung zu verweigern, bis Einer von ihnen klagend nachgewiesen hat, daß er gemeint sei, und insofern keiner von ihnen diese Nachweisung zu ertheilen vermöchte, das Vermächtniß als nichtig zu behandeln und den Gegenstand desselben für sich zu behalten[47]); allein, will er von dieser Befugniß keinen Gebrauch machen, sondern ist er seinerseits zur Auszahlung des Vermächtnisses bereit, so kann er gegen Bestellung der cautio defensionis Einem der Beiden dasselbe verabfolgen lassen, und, wenn etwa beide zur Bestellung dieser Caution bereit sein sollten, so darf er unter ihnen wählen, wem er jene Begünstigung angedeihen lassen will[48]). Dadurch kommt denn auch die Sache in eine durchaus angemessene Lage, denn, da der Erbe weiter kein Interesse bei der Erörterung der Frage, wen der Testirer gemeint haben möchte, hat, so müßte es ungeeignet erscheinen, wenn er nun doch noch genöthigt werden sollte, darüber mit den beiden Prätendenten zu verhandeln; und es stellt sich als viel zweckmäßiger dar, daß der Streit zwischen jenen Beiden, als den wahren Interessenten, ausgemacht werde[49]), was gerade dadurch erreicht

---

[47]) l. 3. §. 7. D. de adimend. vel transfer. leg. (34, 4); l. 10. pr. D. de rebus dubiis (34, 5); l. 31. D. de manumissis testam. (40, 4); l. 62. §. 1. D. de hered. instit. (28, 5); coll. l. 38. §. 1. D. de condit. et demonstrat. (35, 1).

[48]) l. 8. §. 3. D. de legat. II. (31).

[49]) Das Unpassende, hier den Besitzer in einen ihn gar nicht interessirenden Rechtsstreit hinein zu ziehen, wie das in der heutigen Praxis nicht selten geschieht, hat auch das germanische Recht, was in diesem Stücke noch jetzt in England gilt, erkannt, und deshalb vorgeschrieben, daß in dem Falle, wenn Mehrere die

Digitized by Google

wird, wenn der Eine bei dem Empfange des Vermächtnisses dem Erben eine Sicherheit bestellt, daß er ihn gegen die Ansprüche des Andern vor Gericht vertreten wolle. Auf gleiche Weise soll der Depositar untheilbarer Sachen, wenn er auf deren Rückgabe von einem der mehreren Erben des Deponenten belangt wird, sie diesem allein ganz zurückgeben, aber nur gegen eine genügende Caution, womit nur die cautio defensum iri gemeint sein kann, für dasjenige, was seinen Theil übersteigt. Und wenn er diese Sicherheit nicht bestellt, so soll der Depositar die bei ihm hinterlegten Gegenstände nur in das gerichtliche Depositum abliefern [50]).

§. 10.

Wenn aber auch zweitens der von Mehreren auf dieselbe Sache oder Leistung in Anspruch genommene Mann ihnen das behauptete Recht nicht zugestehen will, und deshalb den Rechtsstreit mit beiden aufnimt, so braucht er doch demjenigen, welchem er zuerst verurtheilt wird, die Sache nicht ohne Weiteres heraus zu geben, sondern dieser muß

Sache in Anspruch nehmen, der Besitzer sie an keinen derselben ausliefern, sondern sie an sich halten solle, bis Jene ihr Recht mit einander ausgemacht hätten; oder, was ihn sofort gänzlich befreiete, daß er die Sache dem Richter auf dessen Verlangen auszuhändigen habe, damit dieser sie bis zur ausgemachten Sache aufhebe. Sachs. Sp. B. 3. Art. 15. Schles. Landr. B. 1. Kap. 14. pr. u. Kap. 27. dist. 4. (Böhme B. 1. Th. 4. S. 15, 25. a. E., 26). Blackstone commentaries B. 3. ch. 27. Vol. 3. p. 448. (ed. 15).

50) l. 1. §. 36. D. depositi (16, 3). Andere Fälle s. in l. 14. §. 1. D. iudic. solvi (46, 7.), und in l. 20. §. 2. D. fam. ercisc. (10, 2); l. 1. §. 9, 10. D. de dote prael. (33, 4.); l. un. §. 10. C. de. r. uxor. act. (5, 13).

Digitized by Google

ihm die gedachte Caution leisten, und hat der Richter hierauf von Amtswegen zu halten, damit der Beklagte nicht in die Gefahr doppelter Zahlung gerathe, und damit, wenn ihn auch die auf das erste Erkenntniß erfolgte Herausgabe der Sache sofort von der zweiten Klage befreien sollte, doch wenigstens der spätere Kläger nicht möglicher Weise demnächst leer ausgehen möge. So findet sich die Sache bei der hereditatis petitio und bei der rei vindicatio angeordnet. In Ansehung der ersteren lehrt Neratius:

„Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit, et secundum alterum ex his iudicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset: ut scilicet, si mox et secundum alium fuerit iudicatum, absolvatur is, cum quo actum est, quia neque possideat, neque dolo malo fecerit, quo minus possideret, quod iudicio victus restituerit: an, quia possit et secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat, quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendit? Sed melius est officio iudicis, cautione vel satisdatione victo mederi: cum et res salva sit ei, qui in executione tardior venit, adversus priorem victorem[51]);“

und hinsichtlich der letzteren Alfenus:

„Is, a quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conventus est: quaerebatur si alterutri eorum iussu iudicis fundum restituisset,

[51]) l. 57. D. de heredit. petit. (5, 3).

et postea secundum alterum petitorem iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret? Respondi: uter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret, vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare[52]).“

§. 11.

Wenn also der Beklagte sich nicht, wie das in seiner Wahl steht, mit einer cautio de eventualiter restituendo, oder mit einer cautio indemnitatis[53]) begnügen, und dann den zweiten Rechtsstreit selbst fortsetzen will, so braucht er dem, welcher zuerst gegen ihn obgesiegt hat, die Erbschaft oder die Sache nur insofern herauszugeben, als dieser für seine Rechnung und Gefahr den Rechtsstreit gegen den zweiten Kläger übernimt. Dieser letztere Weg erscheint denn auch offenbar als der vorzüglichere für alle Interessenten, namentlich auch für die beiden Prätendenten der Erbschaft oder der Sache, da nun zugleich zwischen ihnen eine rechtskräftige Entscheidung herausgebracht, und ihnen Gelegenheit eröffnet wird, ihr Interesse auf die ihnen am zweckmäßigsten erscheinende Weise zu verfechten, wozu zwar auch sonst eine accessorische Intervention, aber doch nicht in gleich unbeschränkter Maaße hätte dienen können. Es wäre daher gewiß wünschenswerth, daß man in der Praxis jene Verfahrungsweise häufiger anwendete, statt daß man jetzt, namentlich in Erbschaftsstreitigkeiten, den Kläger ge-

---

[52]) l. 57. D. de rei vindicat. (6. 1); coll. l. 5. §. 19; l. 7. pr. D. de tributor. act. (14 4); l. 9. §. ult. D. de peculio (15, 1).

[53]) l. 31. §. 1. D. de negot. gestis (3, 5).

Digitized by Google

wöhnlich mit schwierigen, langwierigen und kostspieligen Legitimationsauflagen, oft ohne alle gehörige Veranlassung belästigt, den Richter zu einer in der Maaße dem Geiste unsers Rechtes gar nicht entsprechenden Sorge für das Interesse Dritter nöthigt, und dem Berechtigten den Genuß seines Rechtes verkümmert und verzögert, da, wenn man ihm die sofortige Auskehrung der Erbschaft oder des Vermächtnisses gegen eine genügende cautio defensionis nicht weigerte, er letztere zu beschaffen häufig im Stande, und damit für das etwaige Interesse Dritter ohne kostbare Administrationen und Proklame, welche letztere bei dem heute zu Tage damit getriebenen Mißbrauche doch nicht einmal den gehörigen Nutzen gewähren, genügend gesorgt sein würde.

§. 12.

In dem folgenden Rechtsfalle hat nun auch bereits das Oberappellationsgericht diese Grundsätze zur Anwendung gebracht. Das Handlungshaus Domenger et Comp. in Mügron schickte im Januar 1823 an Boyer et Pearkes in Bremen 12 Fässer Bearne-Wein, und beauftragte, da diese die Annahme verweigerten, seine dortigen Agenten M. et N. diesen Wein an sich zu nehmen, und für ihre der Absender Rechnung einstweilen aufzubewahren. Diese ließen sich nun zur Befolgung jenes Auftrages am 13ten August 1823 den Wein ausliefern, verkauften ihn aber bereits am 3ten September einem ihrer Gläubiger, dem Kaufmann O. zur Deckung, und tradirten ihn auch demselben per constitutum possessorium, behielten ihn aber noch in ihrem Gewahrsam. Am 5ten September erklärten sie sich hierauf insolvent, und bei dem vorläufig eingeleiteten Moratorialverfahren kam jener Wein mit ihrem übrigen

Digitized by Google

Vermögen unter die Verwaltung der Deputirten ihrer Debitmasse. Letztere wurden nun von den Absendern des Weines auf dessen Herausgabe belangt, und, obwohl sie für die Masse auf denselben überall keinen Anspruch machten, so trugen sie doch Bedenken, jenem Ansinnen nachzugeben, um sich nicht gegen O., dem sie übrigens gar nicht einräumten, den Wein auf rechtsbeständige Weise erworben zu haben[54]), verantwortlich zu machen. Nach den oben entwickelten rechtlichen Ansichten glaubte nun das Oberappellationsgericht, wie die Sache an dasselbe gelangt war, es könne auf dem angegebenen Wege am zweckmäßigsten geholfen werden, und erkannte es deshalb am 4ten Julius 1826 auf Auslieferung des Weines an die Kläger, wogegen aber dieselben den Beklagten eine genügende Caution dahin zu leisten schuldig seien, daß, falls diese von O. der Weine wegen in Anspruch genommen werden sollten, sie für die Beklagten mandatario nomine aus deren Person den

---

54) Nach gemeinem Rechte würde es freilich außer Zweifel gewesen sein, daß dieser O. kein Eigenthum erworben habe, da seine Auctoren weder selbst Eigenthümer noch auch befugt waren, das Eigenthum der Kläger zu veräußern; allein nach der auch in Bremen geltenden Rechtsregel „Haud wahre Hand" ist freilich die Sache bedenklicher, und möchte man, falls der Erwerb des O. nicht mit einer actio oder exceptio Pauliana umgestoßen werden könnte, geneigt sein, ihn in der Collision mit den Klägern diesen vorzuziehen. Gleichwohl dürfte demselben auch nach dem germanischen Rechte der doppelte Umstand entgegen stehen, daß seine Auctoren nur Depositare des Weines waren, und daß sie ihn selbst nach dem Verkaufe noch in ihrem Gewahrsam behalten hatten. Doch das bedarf einer besonderen Erörterung.

Digitized by Google

Prozeß übernehmen, und dem, was gegen die Beklagten erkannt werden würde, ihrerseits sofort ein Genüge leisten wollten. In den Entscheidungsgründen lautete es dieserhalb so: „Bei dieser Verurtheilung der Beklagten zur Herausgabe an die Kläger darf der gegenwärtige Zustand aber auch zum Nachtheil des O. nicht verändert werden, vielmehr müssen demselben alle possessorischen und petitorischen Klagrechte in der nämlichen Maaße, als wenn die Weine fortwährend in den Händen der Beklagten verblieben wären, gegen diese erhalten werden. Nicht weniger müssen die Beklagten gesichert werden, daß wenn O. sie in Anspruch nimt, die an die Kläger beschaffte Herausgabe sie nicht in ein nachtheiliges Verhältniß setze. Beides wird dadurch erreicht, daß den Klägern auferlegt wird, den Beklagten eine cautio defensum iri zu leisten, daß nämlich, da O. nicht genöthigt werden kann, sich einen andern Gegner aufdringen zu lassen, falls O. wegen der Weine gegen die Beklagten mit einer Klage hervortreten sollte, die Kläger zwar für ihre Rechnung, aber aus der Person der Beklagten und als deren Mandatare, den Prozeß übernehmen, und dem, was gegen die Beklagten erkannt werden würde, ihrerseits sofort ein Genüge leisten wollen; und hat die Verpflichtung zu dieser Cautionsleistung für den Fall der Collision mehrerer Berechtigten ausdrückliche Stellen für sich. Diese Sicherheitsleistung ist von den Klägern, wie sich von selbst versteht, auf eine genügende Weise durch eine Realcaution zu beschaffen. Durch diese Herausgabe gegen Caution kommt die Sache in die Lage, in welche sie gleich von Anfange an hätte kommen sollen, wodurch ein ganzer nutzloser Prozeß mit Gegnern, welche keinen Anspruch auf die Sache machten, aber auch eben so wenig den Rechten

Digitized by Google

des eigentlichen Gegners etwas vergeben konnten, vermieden worden sein würde".

§. 13.

Wird nun demnächst derjenige, welcher sich die cautio defensum iri hat bestellen lassen, von dem Dritten, gegen den ihn der Cavent vertreten sollte, gerichtlich in Anspruch genommen, so hat er das Recht, von Letzterem die Uebernahme des Rechtsstreits auf die angegebene Weise zu verlangen; er ist aber hiezu nur berechtigt, nicht verpflichtet, so daß der Cavent ihm wider seinen Willen die Führung des Rechtsstreites eben so wenig entziehen kann, als der Verkäufer hiezu gegen den mit einem Evictionsprozesse belangten Käufer berechtigt ist[55 a.]). Behält nun der Stipulator die Vertheidigung der Sache selbst, so muß er, um sich seine Regreßansprüche an den Promittenten für den Fall, daß er unterliegen sollte, zu sichern, den Rechtsstreit mit aller Sorgfalt führen. Er wird in dieser Hinsicht wohl thun, denselben zeitig von dem Prozesse in Kenntniß zu setzen, obwohl eine gesetzliche Verbindlichkeit zur litis denunciatio, deren Vernachläßigung ohne Weiteres den Verlust des Regresses herbei führen könnte, hier nicht wie im Evictionsprozesse vorhanden ist; denn immer wird doch der Promittent auf die Unterlassung einer solchen Anzeige die exceptio doli gründen können, wenn er nachzuweisen vermag, daß der Andere von ihm zweckmäßige Aufklärungen und Instructionen in der Sache erwarten mußte, und daß in der Prozeßführung Fehler begangen sind, die, wenn er dabei zugezogen wäre, zu vermeiden gewesen sein wür-

[55 a.]) arg. l. 63. D. de re iudicata (42, 1).

Digitized by Google

den[55 b.]). Uebrigens steht es auch in diesem Falle dem Caventen wegen seines Interesse unbedenklich frei, sowohl an dem Rechtsstreite als accessorischer Intervenient Theil zu nehmen[56]), als auch ohne solche Theilnahme dem Stipulator über die Art der Prozeßführung Instructionen zu ertheilen, welche dieser unter dem Präjudiz zu befolgen hat, daß widrigenfalls ihn der Verlust seines Regresses trifft, wenn dadurch, daß er ihnen keine Folge leistete, ein Nachtheil herbei geführt werden sollte[57]).

§. 14.

Trifft übrigens den Stipulator bei seiner Prozeßführung kein Vorwurf, und unterliegt er dennoch in dem Rechtsstreite, so ist ihm in den Fällen, von denen hier gehandelt wird, wo der Cavent für seine Rechnung und Gefahr den Prozeß zu übernehmen versprochen hatte, von Letzterem für das Aberkannte Entschädigung zu leisten, denn in diesen Fällen liegt in dem Versprechen auch noch eine wahre cautio indemnitatis, die dadurch, daß Jener von der weiter gehenden cautio defensionis keinen Gebrauch gemacht hat, nicht unwirksam geworden ist. Aber wie, wenn eine Verurtheilung iniuria iudicis erfolgte? — Könnte man hier die in Evictionsfällen, und bei der cautio ratam rem haberi geltenden Grundsätze, aus denen Manche eine allgemeine Regel haben bilden wollen, analog zur Anwendung bringen, so müßte ohne Zweifel der An-

---

[55 b.]) Vergl. Thibaut System des Pandektenrechts B. 3. §. 1272. Gensler im Archiv d. civil. Praxis B. 4. S. 184.

[56]) arg. l. 20. C. de evictionibus (8, 45).

[57]) arg. l. 66. pr. D. eod. (21, 2).

Digitized by Google

ſpruch aus der geleiſteten Caution wegfallen[58]); allein in anderen Verhältniſſen finden ſich andere Prinzipe aufgeſtellt, und namentlich ſoll der vom Richter mit Unrecht verurtheilte Bürge doch noch ſeinen Regreß gegen den Hauptſchuldner nehmen dürfen, wenn er nur nicht durch ſein eigenes Verſchulden die ungerechte Verurtheilung herbei geführt hat.

> Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus, iniuria iudicis damnatus es: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri aequius est: scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti[59]).

Zwar wollen Mehrere, und darunter namentlich Cujacius[60]), in dieſer Stelle, um ſie mit den bei der Eviction beſtehenden Vorſchriften in Einklang zu bringen, die Schlußworte ſtreichen; allein ſie haben hiebei keine Handſchrift und keine Ausgabe für ſich[61]), die Baſiliken beſtimmt wider ſich[62]), und widerſtreitet ihnen auch ferner die l. 10.

---

[58]) Zufolge l. 5, l. 51. pr. D., l. 8, 15. C. eod. coll. l. 22. §. 4. D. ratam rem haberi (46, 8).

[59]) l. 67. D. de fideiussoribus (46, 1); l. 10. C. mandati (4, 35). Calletii commentar. ad tit. Cod. de eviction. cap. 7 in fin. (in Meermann Thesaur. Tom. 2. pag. 340).

[60]) Cuiacius ad Africanum tract. VI. ad l. 24. D. de eviction. (in Oper. edit. Fabroti Tom. 1. col. 1415); coll. ejusd. commentar. ad Digest. Salvii Iuliani lib. 56. ad. l. 22. §. 4. D. ratam rem (ibid. Tom 6. pag. 415).

[61]) Cf. Gebauer ad h. l.

[62]) Basilica lib. 26. tit. 1. cap. 67. (Tom. 4. pag. 109). Hier heißen nämlich die Schlußworte: „εαν᾽ εικεία ῥαθυμία την προφασιν ἔδωκε τῆς ἀδίκου καταδίκης.“

Digitized by Google

C. mandati, welche dem Bürgen noch nicht allein wegen einer iniuria iudicis erfolgten Verurtheilung den Regreß verweigert, sondern erst dann, wenn hinzu kommt, daß er dawider zu appelliren culpose unterlassen hat. Dazu kommt, daß der Mandatar und der Geschäftsführer das, was ihnen in den Angelegenheiten ihres Principals etwa unrechtmäßiger Weise vom Richter zugesprochen worden ist, dem Principal herausgeben müssen[63]). Haben sie mithin von der iniuria iudicis nicht den Vortheil, so darf sie auch umgekehrt wohl nicht der Nachtheil davon treffen. Wenn in Evictionsfällen der Verkäufer dem Käufer für einen solchen iniuria iudicis erlittenen Schaden nicht aufzukommen braucht, so hat das seine besonderen Gründe darin, daß Ersterer dem Letzteren bloß dafür haftet, ut rem habere liceat, was schon dann eintritt, wenn die Sache nur Eigenthum des Verkäufers war[64]), und daß dieser mithin nur für Mängel im Rechte einsteht, die bereits zur Zeit des Verkaufes vorhanden waren[65]). Auf ähnlichen Gründen beruhet die Entscheidung bei der cautio ratam rem haberi, denn hier verspricht der Cavent nur für das Interesse einzustehen, welches der Stipulator bei der Ratihabition des Principals hat[66]), und es wird daher das Versprechen nur dann wirksam, wenn ein Nachtheil für denselben aus der Verweigerung der Ratihabition selbst hervor gegangen ist. Klagt nun der Principal aufs

[63]) l. 46. §. 4. D. de procurat. (3, 3); l. 8. §. 1, l. 23. D. de negot. gestis (3, 5).

[64]) l. 11. §. 2. D. de act. empti (19, 1); l. 8. D. de eviction. (21, 2).

[65]) l. 11. pr., l. 25, l. 27. D. de eviction. (21, 2).

[66]) l. 2, l. 13. pr., l. 22. §. 8. D. ratam rem haberi (46, 8).

Digitized by Google

Neue, so ist eine nothwendige Folge hievon die Aufwendung abermaliger Prozeßkosten, und diese muß daher der Cavent vergüten, das Urtheil mag den Rechten gemäß oder zuwider ausfallen. Aber, stellt der Principal die neue Klage auf eine fehlerhafte Weise an, so hat der Stipulator an sich ein weiteres Interesse bei der Verweigerung der Ratihabition nicht, weil eine Abweisung der Klage erfolgen müßte; erfolgt nun aber diese iniuria iudicis nicht, so wird er durch die iniuria iudicis, aber nicht unmittelbar durch die Verweigerung der Ratihabition in Schaden versetzt, und nur für einen Schaden letzterer Art hat ihm der Cavent einzustehen versprochen, und läßt sich auch nicht etwa einwenden, daß doch der Schaden in Gefolge der verweigerten Ratihabition eingetreten sei; denn für casuelle Folgen haftet man nur, wenn eine eigene culpose Handlung vorher gegangen war. Er muß mithin das ihm durch den Richter zugefügte Unrecht selbst tragen.

§. 15.

Ganz anders verhält sich die Sache bei der cautio defensum iri, wenn dieselbe in der bisher erörterten Maaße geleistet wurde. Hier ist zuvörderst der Cavent durch das Versprechen, den Rechtsstreit für seine Rechnung und Gefahr übernehmen zu wollen, zur eigentlichen Partei in der Sache geworden, und so ist, wenn statt seiner der Stipulator den Prozeß führt, dieser vielmehr dem Mandatar oder Geschäftsführer zu vergleichen, der gezeigter Maaßen, wenn er ohne sein Verschulden unrechtmäßiger Weise verurtheilt worden ist, seinen Regreß an den Hauptschuldner behält. Sodann aber übernimt der Promittent mittelst dieser Caution gerade die Gefahr des Rechtsstreites, und verspricht dem Stipulator, ihn wegen desselben schadlos zu halten. Zur Gefahr,

Digitized by Google

die ein Rechtsstreit mit sich führt, gehört aber allerdings auch das Risiko einer ungerechten Verurtheilung; also liegt der Ersatz eines hiedurch zugefügten Schadens auch mit in der geleisteten Caution, und es ist wohl nicht selten gerade der Hauptzweck, weshalb man sich dieselbe bestellen läßt, der, sich gegen diesen Nachtheil sicher zu stellen. Dieses Resultat bestätigt sich endlich auch noch aus den Gesetzen, welche die gedachte Caution in Fällen anordnen, in welchen derjenige, welcher sie sich bestellen läßt, gar keiner weiteren Gefahr als der einer ungerechten Verurtheilung an den zweiten Kläger ausgesetzt ist. Wenn nämlich Jemand wegen derselben Sache oder Erbschaft von Zweien mit der rei vindicatio oder hereditatis petitio belangt wird, so soll er zur Restitution des geforderten Gegenstandes an den ersten Sieger nur gegen eine von demselben zu leistende Caution, daß er ihn wider die Ansprüche des zweiten Klägers vertheidigen wolle, gehalten sein[67]). Gleichwohl müßte den Rechten nach der Beklagte in einem solchen Falle, ohne Weiteres von der zweiten Klage entbunden werden, da er sich hier nicht selbst dolo malo des Besitzes entäußert, sondern denselben vielmehr in Gemäßheit eines richterlichen Erkenntnisses verloren hat[68]). Wird nun gleichwohl dem ersten Sieger die oft erwähnte Caution auferlegt, so geschieht das nur, um den Beklagten gegen die, bloß unter der Voraussetzung eines ungerechten Urtheilsspruches, mögliche Gefahr einer zweiten Verurtheilung sicher zu stellen, und um dem zweiten Kläger den Gegenstand der

---

[67]) S. oben §. 10.

[68]) l. 57. D. de heredit. petit. (5, 3); l. 27. §. 1. D. de rei vindicat. (6, 1).

Digitized by Google

Execution zu erhalten, im Falle das Recht auf seiner Seite sein sollte. Beide Rücksichten führen aber dahin, daß der Besteller der Caution es tragen muß, wenn auch nachher vom Richter mit Unrecht zu Gunsten des zweiten Klägers erkannt werden sollte; denn sonst hätte ja das kein Bestimmungsgrund für die Vorschrift sein können, „ut et res salva sit ei, qui in executione tardior venit, adversus priorem victorem[69]).

§. 16.

Wir wenden uns nunmehr zu dem Falle, wenn der Stipulator von dem Promittenten die präcise Erfüllung des geleisteten Versprechens, mithin die wirkliche Uebernahme des Rechtsstreits verlangen will. Daß hiezu der Promittent verpflichtet sei, und daß er dazu im Weigerungsfalle genöthigt werden könne, ist bereits oben bemerkt worden; aber er braucht sich nicht von selbst zur defensio zu melden, sondern kann es erwarten, daß er dazu gehörig aufgefordert wird[70]). Diese Aufforderung muß natürlich, wie bei der litis denunciatio an den Auctor, so zeitig erfolgen, daß die Vertheidigung noch füglich übernommen werden kann[71]), aber gerichtlich braucht sie nicht erlassen zu werden, sondern es genügt, wie in dem Falle der eigentlichen litis denunciatio, eine bestimmte Anzeige von dem

[69]) l. 57 in fin. cit.

[70]) Burgund de eviction. cap. 59. nr. 3. ad fin. Alteserra ad tit. Dig. de eviction. ad l. 55. §. 1. (in Recitation. Tolosae 1679. 4. Tom. 1. pag. 653).

[71]) l. 29. §. 2. D. de eviction. (21, 2); l. 29. §. 3. D. de leg. III. (32). Lauterbach collegium lib. 21. tit. 2. §. 33. Gensler im Archiv d. civil. Praxis B. 4. nr. XV. S. 181, 2.

Digitized by Google

bevorstehenden Rechtsstreite, mit der Interpellation, den Beklagten darin zu vertreten[72]; und ist auch hier dieses als geschehen anzunehmen, wenn der Promittent eine solche Anzeige und Aufforderung geflissentlich verhindern sollte[73]. — Uebernimt nun der Promittent auf diese Aufforderung den Rechtsstreit, so ist Alles in Ordnung, und wird der Stipulator selbst für den Fall, daß derselbe widrig ausfallen, und er mit der actio iudicati in Anspruch genommen werden sollte, wo ihm doch immer sein Regreß gegen den Defensor bleibt[74], durch die von Letzterem bestellte Caution sicher gestellt.

§. 17.

Weigert hingegen der Cavent die Vertretung des Be-

---

[72]) Burgund l. c. cap. 57, 58. Gönner Handbuch d. Proz. B. 1. Abhdl. 17. §. 5. Martin bürgerl. Proz. §. 296. Schweppe röm. Privatr. §. 437. nr. 3. Zwar wird in mehreren Stellen, z. B. l. 74. §. 1. D. de evictionibus (21, 2.) von einem „convenire ad rem defendendam“ geredet, und scheint daraus die von Burgund bezeugte ältere französische Praxis, die, wenn man vom defensor die Uebernahme des Rechtsstreites verlangte, eine gerichtliche Aufforderung hiezu für nothwendig erachtete, entstanden zu sein; allein als ein unerläßliches Erforderniß findet sich Letzteres in den Gesetzen nirgends vorgeschrieben, auch sind die angeführten Worte, wie namentlich l. 8. §. 8. D. mandati (17, 1); l. 139. coll. l. 85. §. 5. D. de V. O. (45, 1) ergeben, nicht gerade von einer Klage zu verstehen, sondern werden auch zur Bezeichnung einer außergerichtlichen Aufforderung gebraucht.

[73]) arg. l. 55. §. 1, l. 56. §. 5. D. de eviction. (21, 2); ibique Alteserra (l. c. Tom. 1. pag. 652, 3; 656); et Waechtler (Opuscula Trai. ad Rhen. 1738. 8. pag. 119, 123); Thibaut System des Pandektenrechts B. 1. §. 188.

[74]) l. 42. §. 2. D. de procurator. (3, 5).

Digitized by Google

klagten, so wird freilich, da der Kläger sich hienach nicht aufhalten zu lassen braucht, es in der Regel nicht wohl thunlich sein, denselben mittelst einer förmlichen Klage zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu nöthigen, zumal ein absoluter Zwang hiezu der Natur der Sache nach nicht möglich ist; allein es bleiben dem Beklagten zwei andere Auswege übrig. Einmal nämlich kann er unbedenklich den ganzen Rechtsstreit abandonniren, und, wenn demnächst ein nachtheiliges Contumacialerkenntniß wider ihn ergehen sollte, den Promittenten aus der geleisteten Caution auf Ersatz des dadurch erlittenen Schadens in Anspruch nehmen; denn, das von dem Promittenten übernommene Geschäft für denselben zu geriren, kann ihm wider seinen Willen nicht zugemuthet werden. Will er aber von diesem strengeren Verfahren keinen Gebrauch machen, oder hat er vielleicht ein Interesse dabei, lieber den Rechtsstreit einen glücklichen Ausgang nehmen zu sehen, als hinterdrein den Caventen mit einer Entschädigungsklage zu belangen, so kann er auch selbst den Rechtsstreit aufnehmen, durchführen, und hienächst der aufgewandten Kosten und der etwa erlittenen Verurtheilung halber sich bei dem Promittenten regressiren. Hiebei kommt er nun freilich, was die eigene Thätigkeit bei der Prozeßführung anbetrifft, in dieselbe Lage, als wenn er den Promittenten gar nicht zur Vertretung aufgefordert, sondern sich dem von Anfange an selbst unterzogen hätte; allein in einer andern Hinsicht gewährt ihm doch jene Denunciation, und die vertragswidrige Contumacia des Promittenten wichtige Vortheile. Denn, da man in dem Falle, wenn der andere Contrahent sich eine mora oder contumacia gegen uns zu Schulden kommen läßt, demselben nur noch für dolus und culpa lata einzustehen

Digitized by Google

braucht[75]); und da selbst bei einer Geschäftsführung für einen Andern die Verpflichtung des Geschäftsführers sich hierauf beschränkt, wenn ohne sein Zutreten die Sache ganz zu Grunde gegangen sein würde[76]); so bleibt in dieser doppelten Hinsicht der Stipulator bei der Führung des Rechtsstreits dem Promittenten nur noch für dolus und culpa lata verantwortlich[77]), und trifft Letzteren das periculum einer rechtswidrigen Entscheidung der Sache jetzt nur noch um so unzweifelhafter[78]).

§. 18.

Behält nun solchergestalt der Stipulator die Führung des Prozesses, so kann er denselben ohne grobes Verschulden vor Beendigung der Instanz nicht liegen lassen; würde aber in derselben ein ungünstiges Erkenntniß gesprochen, so braucht er, insofern er dasselbe als rechtmäßig anerkennen muß, die Sache in der Appellationsinstanz nicht weiter

---

[75]) l. 5, 17. D. de periculo et commodo (18, 6); l. 9. D. soluto matrimonio (24, 3).

[76]) l. 3. §. 9. D. de negotiis gestis (3, 5).

[77]) Freilich wird in Evictionsfällen wohl behauptet, daß, wenn auch der Gewährsmann auf die Aufforderung zur Vertretung nicht erscheint, der Denunciant doch gehalten sei, den Prozeß mit gleicher Sorgfalt als sonst zu führen (Frantzke Commentar. ad Dig. lib. 21. tit. 2. nr. 696; Danz ordentl. Proz. ed. Gönner §. 488. not. l.; Archiv d. civil. Praxis B. 4. S. 186 — 8.); allein diese Behauptung beruhet auf der irrigen Annahme, daß der Auctor die defensio rei nicht zu übernehmen brauche, und kann sie daher nur insoweit als richtig zugegeben werden, als er vom Käufer zum Beistande im Prozesse bloß monitorisch geladen ist, und dieser die Führung des Rechtsstreits selbst behalten will.

[78]) arg. l. 12; l. 14. pr. D. de periculo et commodo (18, 6).

Digitized by Google

fortzusetzen. Erscheint aber das Erkenntniß als beschwerend, so kann er in der Regel, ohne sich dem Vorwurfe eines dolus oder doch eines dem dolus gleich zu achtenden groben Verschuldens auszusetzen, und ohne sich mithin des Regresses an den Caventen verlustig zu machen, den Prozeß nun nicht ohne Weiteres liegen lassen[79]). Allein eben so wenig ist er unbedingt verpflichtet, denselben für seine Person fortzusetzen. Da nämlich der Promittent wegen seines Interesses bei dem Ausgange der Sache wohl berechtigt ist,

[79]) arg. l. 31. §. 2. D. de negotiis gestis (3, 5); l. 8. §. 8. D. mandati (17, 1); l. 63. §. 2. D. de eviction. (21, 2); l. 10. C. mandati (4, 35). Schweppe röm. Privatr. §. 443. nr. 6. Zwar könnte hiegegen aus dem zuerst allegirten Gesetze ein Bedenken erregt werden, indem darnach derjenige, welcher für einen frustrator den Prozeß fortführt, gegen ein ergangenes nachtheiliges Erkenntniß nicht zu appelliren braucht, derjenige aber, welcher die versprochene Vertretung eines Andern beharrlich verweigert, wohl für einen frustrator geachtet werden kann. Allein in dem in dieser Stelle erörterten Falle hatte der frustrator bereits selbst litem contestirt, und nachher erst die weitere Vertheidigung der Sache aufgegeben, so daß auch, obwohl nunmehr sein Freund sich derselben angenommen hatte, doch die Verurtheilung nicht auf dessen, sondern auf seinen eigenen Namen gesprochen war. Lediglich auf diesen Umstand gründet nun Papinian die angeführte Entscheidung, und bemerkt dabei ausdrücklich, daß der defensor, wenn das Erkenntniß auf seinen Namen gelautet, allerdings hätte appelliren müssen; und mit Recht, denn derjenige, auf dessen Namen erkannt wird, ist als die eigentliche Partei anzusehen, der es zunächst obliegt, das was sie nun noch für gerathen achten möchte, wahrzunehmen. In dem Falle, wie er im Texte vorausgesetzt wird, hat nun aber der Stipulator gerade auf seinen eigenen Namen den Prozeß geführt, und ist selbst in dem Erkenntnisse verurtheilt worden.

Digitized by Google

wider das ergangene Erkenntniß seinerseits zu appelliren[80]), und da ihm, insofern er seiner Verpflichtung gemäß gleich anfangs die Führung des Rechtsstreits übernommen oder auch nur daran participirt hätte, die Verbindlichkeit dazu principaliter obliegen würde, und der Stipulator die Appellation in diesem Falle sogar ohne allen Nachtheil unterlassen könnte[81]); so unterliegt es keinem Anstande, daß der Stipulator den Promittenten, obwohl derselbe sich bis dahin der Theilnahme an der Prozeßführung entzogen hat, dadurch in die gleiche Lage bringen, und sich von der Verpflichtung, ferner für denselben die Sache wahrzunehmen, befreien kann, wenn er ihn so zeitig von dem ergangenen Erkenntnisse benachrichtigt, daß dieser im Stande ist, ein Rechtsmittel dawider zu ergreifen, und ihn zugleich bestimmt auffordert, er möge die Sache fortsetzen, oder doch wenigstens ihm andeutet, er der Stipulator werde sie nicht weiter verfolgen[82]). Einer solchen bestimmten Andeutung bedarf es aber allerdings, und der Stipulator kann sich nicht bei einer bloßen Benachrichtigung des Promittenten von dem gesprochenen Urtheile beruhigen, denn dabei würde Letzterer nach dem Bisherigen noch immer voraussetzen dürfen, daß Jener fortfahren werde, sich der Sache auf geeig-

---

[80]) arg. l. 4. §. 3. D. de appellat. (49, 1); l. 20. C. de eviction. (8, 45); Burgund l. c. cap. 66. nr. 6—8.

[81]) arg. l. 63. §. 1. D. de eviction. (21, 2); ibique Alteserra (l. c. Tom. 1. pag. 665), et Waechtler (l. c. pag. 137, 8); Frantzke Comment. ad Dig. lib. 21. tit. 2. nr. 809.

[82]) arg. l. 8. §. 8; l. 10. §. 12. D. mandati (17, 1); Calletius l. not. 59. cit. cap. 7. nr. 2. (Meermann Thesaur Tom. 2. pag. 340). Frantzke l. c. nr. 808.

Digitized by Google

nete Weise anzunehmen. Außerdem kann auch der Beklagte von seinem Vertreter einen Vorschuß für die weiter erforderlichen Kosten, unter dem Präjudiz verlangen, daß er widrigenfalls die Sache fallen lassen werde, denn Letzteren treffen die Prozeßkosten, und der Stipulator ist nicht verpflichtet, sie für ihn auszulegen. Ja die Gesetze gehen noch weiter, und entschuldigen in einem analogen Falle den Beklagten ohne Weiteres, wenn Armuth ihn an der Fortsetzung der Appellation verhinderte, ohne daß sie es hiebei zur Bedingung machen, daß er den ihm zum Regreß Verpflichteten von diesem Hindernisse zeitig eine Anzeige gemacht haben müsse [85]). Obwohl daher eine solche Anzeige in der Regel für das Angemessenere geachtet werden muß [84]), so kann es doch dem Stipulator wenigstens dann nicht als ein grobes Verschulden, weshalb er seines Rechtes aus der Caution verlustig gehen müßte, angerechnet werden, daß er ohne eine Ankündigung der Art die Fortsetzung der Sache unterließ, wenn der Promittent bisher beharrlich die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung verweigert, und sich so benommen haben sollte, daß der Stipulator wohl voraussehen konnte, jene Anzeige werde doch zu nichts führen.

§. 19.

Diese bei einer contumacia des vertragsmäßigen Defensors eintretenden Grundsätze kamen bei dem Oberappellationsgerichte in folgender Rechtssache zur Anwendung. Christoph Bauer auf dem Grasbrock bei Hamburg war dem Brauer Staats Cölln in Uetersen im Jahre 1816 aus Lieferungen eine Summe von 5000 Mark schuldig ge-

---

[83]) l. 8. §. 8. D. mandati (17, 1).

[84]) arg. l. 27. §. 2. D. eod.

Digitized by Google

worden, und hatte demselben darüber eine Obligation gezeichnet. Im November 1818 kam Staats Cölln mit seinem Vater Johann Cölln zu dem Schuldner nach Hamburg, quitirte demselben die bisherige Verschreibung, und ließ statt derselben seinem Vater von Bauer eine neue Obligation über denselben Betrag mit einer sechsmonatlichen Kündigungsfrist ausstellen. Am 30sten März 1819 kündigte der neue Gläubiger diese Forderung, und der Schuldner nahm die Kündigung an. Ehe es aber zur Auszahlung kam, fallirte Staats Cölln, und, da sich fast alle Activa desselben an seinen Vater übertragen fanden, und hieraus den Güterverwaltern der Verdacht betrügerischer Collusionen entstand, so fochten sie mehrere solche Cessionen als ungültig an, namentlich thaten sie auch außergerichtliche Schritte gegen Bauer. Dadurch fand sich Letzterer bewogen, im October 1819 bei dem Concursgerichte zu Uetersen anzuzeigen, wie seine ehemalige Schuld an den Cridar durch Delegation getilgt, und ihm von dem Delegatar Johann Cölln die neue Obligation bereits gekündigt sei, und wie er es daher dem Corps der Gläubiger anheim stellen müsse, jetzt, wo noch res integra sei, ihre Gerechtsame gegen Johann Cölln wahrzunehmen. Unterdessen klagte Letzterer in Hamburg gegen Bauer die gekündigte Schuld ein, und da dieser sich zwar zur Zahlung bereit erklärte, dagegen aber wider die Ansprüche der Masse von Staats Cölln gesichert zu werden verlangte, so wurde er am 19ten Februar 1820 nur zur Zahlung gegen Caution verurtheilt. Diese Caution übernahm für den Kläger F. L. Meyer in Hamburg, und reversirte sich derselbe am 27sten Junius 1820 dahin: er verpflichte sich für alle abseiten des Güterverwalters von Staats Cölln

Digitized by Google

zu Uetersen an Beklagten wegen der fraglichen Schuld zu machenden Ansprüche als selbstschuldiger Bürge zu haften, ihn zu jeder Zeit sowohl gerichtlich als außergerichtlich zu vertreten, und ihn noth-, kost- und schadlos zu halten. Hienächst ist denn auch das Geld an Johann Cölln ausgezahlt.

§. 20.

In dem zu Uetersen abgehaltenen Justificationstermine ließ nun Bauer am 1sten Juli 1820 seine oben erwähnte Anzeige bei dem Concursgerichte durch einen Mandatar wiederholen; und wurde nun reconveniendo von der Masse auf die Bezahlung der 5000 Mark in Anspruch genommen. Hievon machte er seinem Caventen Meyer sofort gerichtlich so wie durch zwei Notare die Anzeige, fügte sogar die betreffenden Actenstücke bei, machte den von ihm in Uetersen bestellten Sachwalter namhaft, und forderte Meyer zur Vertretung auf. Dieser aber ließ sich auf nichts ein; und es wurde der Rechtsstreit in Uetersen ohne sein Zuthun fortgesetzt. Obwohl nun in demselben von Seiten Bauers die Unstatthaftigkeit der Reconvention gegen eine bloße Anzeige, der Rechtsbestand der Delegation, und daß es bei letzterer in Betreff der Form nur auf die hamburgischen Gesetze, nicht aber auf die von dem Güterverwalter angezogenen, ohnehin diesen Fall gar nicht betreffenden holsteinischen Verordnungen[58]) ankomme, bestimmt

[85]) Verordnung üb. d. Gebrauch des Stempelpapiers vom 31sten October 1804. §. 9. (in d. chronolog. Sammlung der Verordn. f. d. Herzogthümer Schleswig u. Holstein v. J. 1804. S. 330, 1); vergl. mit einer späteren Verordn. v. J. 1802. nr. 98. —

Digitized by Google

geltend gemacht wurde; so ward doch am 10ten Juli 1821 von dem Concursgerichte ein Erkenntniß erlassen, welches Bauer zur Bezahlung der eingeklagten Summe von 5000 Mark an die Masse von Staats Cölln verurtheilte. Hiegegen wandte Bauer zwar die Appellation ein, ließ aber dieselbe desert werden; und nahm, als er nunmehr sich mit der Execution bedrohet sah, Meyer aus dessen geleisteter Caution in Anspruch. Der Beklagte suchte sich, außer anderen ganz verwerflichen Ausflüchten, besonders mit den beiden Einreden, daß der Kläger zu Uetersen iniuria iudicis verurtheilt worden sei, und daß er sein Recht durch schlechte Führung des Prozesses und ganz besonders durch die unterlassene Prosecution der eingelegten Appellation verloren habe, zu schützen; wogegen, was die letztere Einrede betrifft, der Kläger replicando sich darauf berief, ihm sei die Fortsetzung der Appellation von rechtserfahrenen Leuten widerrathen worden, er habe den Beklagten zeitig zur Fortsetzung der Appellation aufgefordert, und es sei ihm selbst unmöglich gewesen, die zur Prosecution jenes Rechtsmittels erforderlichen Kosten aufzubringen. Das Oberappellationsgericht verwarf hierauf in seinem Erkenntnisse vom 23sten Januar 1826, nach den oben entwickelten Ansichten, die erste Einrede gänzlich als irrelevant, erklärte dagegen die zweite, soweit sie sich auf die unterlassene Verfolgung der Appellation bezog (denn in der übrigen Prozeßführung

---

Hienach sollen Cessionen und Transporte der auf einen andern Gläubiger lautenden Obligationen nicht anders gültig vorgenommen werden können, als in einem auf den vorschriftsmäßigen Stempelbogen geschriebenen besonderen Folgebriefe.

Digitized by Google

war keine culpa lata zu finden), für an sich begründet, ließ aber dawider den Kläger mit dem Beweise seiner drei Repliken zu, indem jede derselben ihn von dem Vorwurfe eines hier allein in Betracht kommenden dolus oder eines groben Verschuldens befreien könne.

Digitized by Google

XV.

Von dem Vorbehalte der Eidesdelation innerhalb der Beweisfrist.

§. 1.

Der sächsische Prozeß, welcher nach der Art und Weise, wie der Kläger das Fundament seiner Klage zu bewahrheiten gedenkt, zwei Gattungen der Klagen, die Klage auf den Eid, und die Klage auf Beweis unterscheidet, und den Eid für gar kein Beweismittel, sondern vielmehr für eine Auskunft zur Umgehung des Beweisverfahrens achtet, verlangt consequenter Weise, daß, wenn der Kläger sich der Eidesdelation überall bedienen will, er dieselbe sofort im Klaglibelle oder wenigstens doch vor der Kriegsbefestigung zur Hand nehmen soll; und wird es für eine unstatthafte Veränderung der Klage gehalten, wenn er bei einer anfangs auf Beweis angestellten Klage nach der Litiscontestation zur Eideszuschiebung überspringen wollte. Dieses Recht kann er sich denn auch durch einen Vorbehalt der Eidesdelation in der Klage nicht sichern, weil damit die Anstellung der Klage auf Beweis factisch im Widerspruche steht [1]). Jener Grundsatz des sächsischen Prozesses findet sich nun auch nebst so manchen anderen Bestimmungen desselben in die lübischen

[1]) Sächs. Proz. Ordn. tit. 18. §. 1. Carpzov Defin. for. P. 1. const. 11. def. 14; const. 12. def. 1. nr. 2 — 5.

Digitized by Google

und hamburgiſchen Statuten übertragen[2]), und muß daher dort nach dem Buchſtaben des Geſetzes der Eid ſchon in der Klage ſelbſt zugeſchoben werden, wenn man der Befugniß hiezu nicht verluſtig gehen will, ohne daß die Reſervation der allezeit freien Eideshand hiegegen ſichern kann[3]). Allein in der Praxis wurden ſolche Reſervationen in beiden Städten ſehr frühe angewandt, ſo daß man alsdann eine Partei, ſelbſt nach der Abgabe eines Beweisinterlocutes, noch mit einer Eidesdelation zuließ[4]); und, nachdem dadurch die Sache zu einer nichtsſagenden Förmlichkeit gemacht war, ſo iſt wenigſtens in den neueren Zeiten auch dieſe für überflüſſig geachtet. Wenn daher auch in der Klage die Eideszuſchiebung durchaus nicht vorbehalten iſt, ſo leidet es jetzt in Lübeck und Hamburg nicht den mindeſten Anſtand, daß man ſich ihrer nachher noch im Beweisverfahren gleich jedem andern Beweismittel bedienen kann[5]), und daß ſie als ein wahres Beweismittel angeſehen wird.

---

[2]) Lübiſche Statut. Lib. 5. tit. 8. art. 2; coll. tit. 7. art. 16. Hamburg. Statut. P. 1. tit. 34. art. 1. Wenigſtens ſind die lübiſchen Statuten in der Praxis ſo verſtanden worden.

[3]) Mevius ad Jus Lubec. lib. 5. tit. 8. art. 2. nr. 1 — 11. I. C. Lindenberg D. de differentiis iur. civilis et Lubec. in argumento iuramentorum, Giessae 1764. 4. §. 7. pag. 23. M. Schlüter Anmerk. üb. d. hamburg. Stadtbuch a. a. O. (in Thesauro iur. prov. et statut. Tom. 2. pag. 31).

[4]) Was namentlich das hamburgiſche Recht anbetrifft, ſo vergleiche darüber die Commentatoren zu demſelben im Thesaur. cit. Tom. 1. pag. 893 et 991; tom. 2. pag. 131, 381, 477 et 613.

[5]) Vergl. in Betreff Hamburgs Klefecker Samml. hamburg. Geſ. und Verf. B. 3. S. 630, 1. Die hamburg. revid. Ger.

Digitized by Google

§. 2.

Geht man nun aber davon aus, daß die Eidesdelation ein wirkliches Beweismittel ist, wie dieses nach gemeinem Rechte auch nicht füglich bezweifelt werden kann[6]), so ist, gewisser Maaßen im Gegensatze mit dem eben erwähnten sächsischen Grundsatze, besonders in früherer Zeit sehr häufig die Behauptung aufgestellt, daß man den Eid zwar wohl innerhalb der Beweisfrist zuschieben müsse, wenn man gar keine anderen Beweismittel daneben besitzt oder daneben benutzen will[7]), daß aber, wenn zunächst der Beweis auf andere Weise angetreten ist, es noch immer statthaft bleibe, auch nach Ablauf der Beweisfrist dem Gegner den Eid zu deferiren[8]). Man macht hiefür besonders folgende Gründe

---

Ordn. v. J. 1711. Tit. 33. Art. 2. (bei Anderson hamburg. Privatr. Th. 3. S. 129.) enthielt deshalb schon eine bestimmte Vorschrift, und wenn sie gleich nur Entwurf geblieben ist, so dient sie doch zum Zeugniß für die Ansichten der damaligen Zeit. In der älteren brem. Ger. Ordn. v. J. 1751. Th. 2. Tit. 20. §. 2. wird ebenfalls dem Kläger, sowohl als dem Beklagten der Gebrauch der Eideszuschiebung vor und nach der Litiscontestation, und wenn selbst bereits auf Beweis erkannt ist, gestattet. Vergl. noch Th. 6. Tit. 2. §. 5, und Tit. 16. §. 3, und die Ger. Ordn. v. J. 1814. §. 354.

[6]) l. 25. §. 3. D. de probat. (22, 3), coll. l. 14. §. 3. C. de non numer. pecun. (4, 30).

[7]) Pufendorf proc. civil. Brunsv. Luneb. P. 3. cap. 5. §. 8.

[8]) R. C. Henne prog. de iurisiur. delat. in omni parte iudicii licita. Erford. 1767. Claproth ordentl. Proz. §. 322. Danz ordentl. Proz. §. 262. a. E. Lauterbach colleg. lib. 12. tit. 2. §. 66. Struben rechtl. Bedenken B. 1. nr. 164. S. 390. Pufendorf observat. Tom. 1. obs. 154. Böhmer principia iur. canon. §. 812. Hopacker principia

geltend: es sei diese Befugniß in den Gesetzen ausdrücklich ertheilt[9]); die Natur der Eidesdelation als eines Vergleiches bringe dieselbe mit sich; der Eid sei seiner Natur nach, so wie vermöge gesetzlicher Vorschrift, ein subsidiäres Beweismittel, welches mit anderen Beweisen nicht cumulirt, sondern erst dann angewandt werden könne, wenn diese kein Resultat lieferten[10]), mithin sei es auch unstatthaft, darüber, ob und in welcher Maaße eine Eidesdelation statt finden solle, auf das Ungewisse hin gleich anfangs, und ehe der Fall derselben wirklich eintrete, eine Verhandlung einzuleiten; und endlich, die Billigkeit erheische es, dem Producenten nach verfehltem Beweise noch dieses letzte Hülfsmittel, um sein Recht anerkannt zu sehen, nicht abzuschneiden. — Diese Meinung scheint denn ganz besonders da gebilligt werden zu müssen, wo, wie das noch jetzt in Frankfurt am Main der Fall ist[11]), der in früherer Zeit häufig

---

Tom. 3. §. 4439. in fin., §. 4518. Malblanc doctrina de iureiurando §. 53. Außerdem werden für diese Meinung noch angeführt: Overbeck Meditationen Th. 5. nr. 281. Köchy Meditationen B. 1. nr. 4. S. 43 ff. v. Tevenar Theorie des Beweises S. 157, und Schmidt Abhandl. verschied. Rechtsmaterien B. 2. nr. 29. Und so findet es sich gesetzlich vorgeschrieben im Cod. iur. Bavarici iudiciar. a. 1753. Kap. 9. §. 13. und Kap. 13. §. 2. nr. 3. ibique Kreitmayr pag. 321 u. 432. der Ausgabe in 8vo.

[9]) l. 12. pr. C. de rebus creditis (4, 1). Carpzov l. not. 1. cit. P. 1. const. 12. def. 1. nr. 1.

[10]) c. 2. X de probat. (2, 19). Brem. Ger. Ordn. v. J. 1751. Th. 2. Tit. 16. §. 10, und Tit. 20. §. 1.

[11]) Frankfurt. Reform. Th. 1. Tit. 39. §. 13, 14; vergl. mit der alt. Reform. fol. 18. §. ult. Deshalb will denn auch Orth Anmerk. z. frankfurt. Reform. 4te Forts. S. 781. die Eidesde-

Digitized by Google

vertheidigte, an sich freilich irrige Grundsatz durch Gesetz oder Herkommen sanctionirt ist, daß eine Eidesdelation nicht anders zuzulassen sei, als wenn der Beweisführer bereits etwas dargethan, oder doch einige Wahrscheinlichkeit für sich hat; denn, insofern nicht etwa dieses Letztere bereits vor dem Beweisverfahren der Fall ist, würde hier eine eventuelle Eidesdelation gleich bei Antretung des Beweises auf eine leere Förmlichkeit hinaus laufen.

§. 3.

Demohngeachtet verdient diese Meinung keinen Beifall, sondern, wie dieses auch mehrere neuere Prozeßordnungen ausdrücklich vorschreiben[12]), und wie das sehr erhebliche Autoritäten für sich hat[13]), die Eidesdelation muß gleich

---

lation nach Ablauf der Beweisfrist und bis zum Endurtheile zulassen.

[12]) z. B. die bremische Gerichtsordn. v. J. 1751. Th. 2. Tit. 20. §. 3; v. J. 1814. §. 356; v. J. 1820. §. 249. Gesetzbuch üb. d. gerichtl. Verfahren für Bern, Satzung 275.

[13]) Schaumburg principia Lib. 1. sect. 1. m. 3. c. 5. §. 6. Böhmer exercit ad ff. ex. 47. §. 20 — 24. coll. §. 9 et 10. (Tom. 3. pag. 222 — 7; coll. pag. 210 — 3). Lindenberg l. not. 3. cit. pag. 17. Emminghaus ad Cocceii ius contr. Lib. 12. tit. 2. qu. 25. not. X. Schönemann in nota ad Böhmeri principia iur. canon. §. 812. Gönner zu Danz ordentl. Proz. §. 262. Not. f. a. E. Thibaut System des Pandektenrechts B. 3. §. 1199. Martin bürgerl. Prozeß §. 214; coll. §. 176. a. E. v. Bülow und Hagemann practische Erörter. B. 1. nr. 57. Gensler im Archiv f. d. civil. Praxis B. 1. S. 157, 8. Linde Lehrbuch d. deutsch. gem. Civilprozesses §. 177. Auch sollen dasselbe lehren Oelze Anleit. z. iurist. Praxis §. 177, und Sieber Anleit. z. Proz. §. 195.

Digitized by Google

jedem andern Beweismittel innerhalb der Beweisfrist zur Hand genommen werden. Dieses erheischt die Natur der Eidesdelation als eines wahren Beweismittels, und der Zweck eines peremptorischen Beweistermins, welcher den Producenten bei Strafe des Verlustes zur Angabe derjenigen Beweismittel, deren er sich zu bedienen gemeint ist, nöthigen soll, damit das Beweisverfahren durch das Nachtragen von Beweismitteln nicht über die Gebühr ausgedehnt werde, und damit der Richter ermessen könne, ob der angetretene Beweis möglicher Weise das beabsichtigte Resultat liefern könne, oder ob er nicht sofort zu verwerfen sei. Hiezu findet sich aber der Richter nicht im Stande, wenn der Producent sich nicht sofort darüber erklärt hat, ob er im Entstehungsfalle den Beweissatz dem Gegner ins Gewissen schieben will, oder nicht. Daß im römischen Rechte die Eidesdelation bis zum Erkenntnisse zugelassen wird, kann hiegegen nicht in Betracht kommen; denn den Römern waren präclusivische Beweistermine unbekannt, und es konnte daher von jedem andern Beweismittel eben so gut, wie von der Eideszuschiebung bis zum Beschluß der Sache und bis zur Abgabe des Erkenntnisses Gebrauch gemacht werden; und ist nun diese Regel durch die jetzt angenommenen Prozeßgrundsätze aufgehoben, so muß damit auch die Anwendung wegfallen, welche sich davon im römischen Rechte auf die Eidesdelation gemacht findet. Denn die vergleichsähnliche Natur des zugeschobenen Eides kann hier nicht berücksichtigt werden, da nur der außergerichtliche Eid, auf den der Gegner sich nach Gefallen einlassen kann oder nicht, rein unter dem Gesichtspunkte eines Transactes steht, der gerichtliche hingegen, welchen der Product entweder annehmen oder zurückschieben oder dawider zur Gewis-

Digitized by Google

sensvertretung greifen muß, auch zugleich als ein Beweismittel anzusehen, und insofern nach den allgemeinen für diese aufgestellten Regeln zu beurtheilen ist.

§. 4.

Was ferner die Unzulässigkeit einer gleichzeitigen Benutzung der Eidesdelation neben anderen Beweismitteln anbetrifft, so muß diese freilich anerkannt werden, da durch die Ableistung oder Verweigerung eines zugeschobenen oder referirten Eides allein schon ein vollständiger Beweis wider oder für den Producenten erbracht, und zwar vergleichsweise erbracht wird, mithin es entweder unzulässiger Weise gegen den Vergleich verstoßen, oder doch überflüssig sein würde, wenn er zugleich andere Beweismittel zur Hand nehmen wollte; und da, wenn der Beweis bereits auf andere Weise vollständig hergestellt ist, der Beweisführer die errungenen Vortheile durch eine Eideszuschiebung nicht wieder aufgeben, auch der Richter sie wegen Gefahr eines Meineides schwerlich zulassen wird, gegen ihn sie aber annoch zu gebrauchen, in den Gesetzen bestimmt untersagt ist[14]). Mithin ist so viel richtig, daß die Eidesdelation neben anderen Beweismitteln immer nur eventuell für den Fall benutzt werden kann, wenn diese letzteren kein entscheidendes Resultat für oder wider den Producenten liefern sollten. Allein, wenn man überhaupt eventuelle Eidesdelationen gestattet, wie dieses allerdings das practische Bedürfniß und die Rücksicht auf die Ausmittelung des materiellen Rechtes erfordert, und wie dem auch kein hinreichender Grund entgegen steht[15]), so ist nicht abzusehen, warum nicht der Be-

[14]) S. oben Not. 10.

[15]) Unbestritten ist die Sache freilich nicht, wie denn auch nach den

weisführer gleich bei der Antretung des zunächst beabsichtigten anderweitigen Beweises seine Intention, im Entstehungsfalle dem Gegner die Sache ins Gewissen schieben zu

---

oben entwickelten Grundsätzen des sächsischen Processes ein solches Verfahren als völlig unstatthaft erscheint; denn namentlich Danz (Grundsätze des ordentl. Proz. §. 238. a. E.), und früher auch Gönner (Erörterungen üb. d. gemein. Proz. nr. XIX. S. 69 — 71.) haben, nach den Vorschriften des gemeinen Rechts, die subsidiarische Cumulation der Eidesdelation mit anderen Beweismitteln ebenfalls für unzulässig erklärt, weil sie mit denselben unverträglich sei, und weil der Richter nach dem Gelingen oder Mislingen des Hauptbeweises sein Urtheil entweder rein condemnatorisch oder rein absolutorisch zu fällen, oder höchstens noch auf einen nothwendigen Eid zu sprechen habe. Allein der erste Grund trifft deshalb nicht zu, weil nur das unvereinbar ist, den Eid vom Gegner zu fordern, während gleichzeitig andere Beweismittel angewandt werden sollen, oder nachdem diese bereits ein genügendes Resultat geliefert haben, keineswegs aber, wenn der durch sie versuchte Beweis keinen Erfolg gehabt hat. Der letztere Grund würde aber nur dann zutreffen, wenn es überhaupt und unbedingt unzulässig wäre, die Führung des Beweises zunächst bloß durch gewisse Beweismittel zu versuchen, und bloß für den Fall, daß diese verworfen oder unzulänglich befunden werden sollten, sofort bei der Beweisantretung andere, bestimmt namhaft gemachte in Vorschlag zu bringen. Das bringt nun aber die Natur einer peremptorischen Beweisfrist nicht mit sich, denn die Angabe auch der bloß eventuellen Beweismittel erfolgt ja bereits innerhalb des Beweistermins, und durch die anfängliche Beschränkung der Beweisführung auf dasjenige, was dem Producenten nothwendig und dem Richter vorläufig als genügend erscheint, wird nicht selten so viel an Zeit und Kosten erspart werden, als in andern Fällen dazu erforderlich ist, um nöthigenfalls die bloß vorbehaltenen Beweismittel zu benutzen. Zudem würde das Verbot einer

Digitized by Google

wollen, erklären könnte. Ist aber dieses möglich, so erfordert das auch die peremptorische Kraft des Beweistermins und dieses selbst da, wo, wie in Frankfurt, der Eid nur zur Ergänzung des Beweises deferirt werden darf. Auch erscheint dieses keinesweges als eine leere Förmlichkeit, da jedenfalls dadurch der Vortheil gewonnen wird, daß der Richter, wenn er über das Ergebniß der anderweitigen Be-

bloß eventuellen Benutzung anderer Beweismittel sich nicht füglich auf eine eventuelle Eidesdelation anwenden lassen, da bei jenen die gleichzeitige Benutzung möglich wäre, bei dieser aber das nicht der Fall ist. Daher werden denn auch jetzt solche eventuelle Eidesdelationen außerhalb Sachsen allgemein für zulässig erachtet. Vergl. Gönner im Handbuche d. Proz. B. 2. Abthl. 50. §. 5 u. 7; und Gensler im Archiv f. d. civil. Praxis B. 1. S. 157—160. Was namentlich das Recht der vier freien Städte anbetrifft, so ist in Bremen ein bestimmtes Gesetz vorhanden, welches eventuelle Eidesdelationen gestattet (brem. Ger. Ordn. §. 175.); in Frankfurt kann die Zulässigkeit derselben eben so wenig bezweifelt werden, da die Befugniß zur Eidesdelation erst von dem Resultate der übrigen Beweisführung abhängt (s. oben Note 11.) und in Lübeck und Hamburg, wo zwar ein Gesetz darüber nicht existirt, ist doch die Praxis entschieden dafür; auch spricht in Lübeck dafür die analoge Vorschrift der Statuten, daß man bei der Antretung eines Zeugenbeweises sich eventuell andere Zeugen reserviren kann, wenn man diese Letzteren nur sofort zugleich namhaft macht (lübische Statut. v. J. 1240. Art. 48. bei de Westphalen monum. inedit. Tom. 3. col. 645; Cod. Brock. I. Art. 49; II. Art. 184; III. Art. 180; und revid. lüb. Recht Lib. 5. tit. 7. art. 1). Das wurde denn auch in mehreren lübischen Sachen vom OAGerichte stillschweigend vorausgesetzt (s. unten §. 4. a. E.); und in einer hamburgischen Rechtssache, Möller c. Müller bei dem Erkenntnisse v. 19ten Julius 1826 bestimmt als zulässig anerkannt.

Digitized by Google

weise zu erkennen hat, nun auf die noch rückständige Eidesdelation die geeignete Rücksicht nehmen kann. Deshalb hat denn auch das Oberappellationsgericht in allen bisher bei demselben entschiedenen Rechtssachen, wobei diese Frage zur Sprache kam, namentlich in den lübischen Sachen Hilliger c. Blohm, und Ohrt c. Schütt, so wie in der hamburgischen Möller c. Müller, es für nothwendig erachtet, auch die eventuelle Eidesdelation innerhalb der Beweisfrist zur Hand zu nehmen.

§. 5.

Diese Regel muß aber zwei Ausnahmen erleiden, und durch diese Ausnahme wird die Härte wieder einiger Maaßen gemildert, welche an sich darin liegen könnte, daß man dem Beweisführer, welcher anfangs im Vertrauen auf seine anderweitigen Beweise von der Eidesdelation keinen Gebrauch machte, hinterher, wo diese anderen Beweise sich als unzureichend gezeigt haben, selbst dieses äußerste Zufluchtsmittel nicht mehr gestatten will. Einmal nämlich hat diese Unsicherheit, die bei jeder Beweisführung mehr oder minder obwaltet, und wegen welcher ein Beweisverfahren nicht mit zu strenger Förmlichkeit behandelt werden darf, wenn nicht das materielle Recht, statt durch die Formen gesichert zu werden, durch dieselben erdrückt werden soll, schon das gemeine Recht, welchem zwar peremptorische Beweistermine fremd waren, wonach man aber doch nur bis zum Erkenntnisse mit neuen Beweisen kommen durfte, veranlaßt, unter gewissen Modificationen noch in der Appellationsinstanz den Gebrauch neuer Beweismittel zu gestatten[16]); und

[16]) l. 6. §. 1. C. de appellat. (7, 62); l. 4. C. de tempor. et reparat. appellat. (7, 63).

Digitized by Google

kann dieses beneficium novorum unter Umständen allerdings auch dahin führen, daß eine in erster Instanz im peremptorischen Beweistermine versäumte Eidesdelation annoch in der höheren Instanz nachgeholt werden darf, da der Beweistermin seine peremptorische Kraft nur für die erste, keinesweges aber auch für die folgenden Instanzen äußert[17]). Sodann zweitens gestattet an manchen Orten, z. B. in Hamburg, die Praxis nach Ablauf der peremptorischen Beweisfrist häufig noch Anträge des Producenten auf die Zulassung zu einem besseren Beweise, wenn der zuerst versuchte Beweis kein genügendes Resultat geliefert hat[18]). Ist nun der Fall hiezu geeignet, und wird vom Richter auf besseren Beweis interloquirt, so muß es dann dem Beweisführer auch unbenommen sein, innerhalb der zum besseren Beweise anberaumten neuen Frist dem Gegner annoch den Eid zuzuschieben, da, wenn einmal auf besseren Beweis erkannt ist, alle bisher nicht gebrauchten Beweismittel benutzt werden dürfen, ohne Unterschied, ob solche dem Pro-

---

[17]) Vergl. hierüber Mevius in Decision. P. 2. dec. 98; P. 4. dec. 5. S. Struck D. de probationis probatione meliori (Dissert. Halens. Vol. 2. nr. 16. cap. 3. nr. 21, 22). Pufendorf observat. Tom. 1. obs. 154. Die ausführlichere Erörterung der hiefür erforderlichen Requisite muß auf den folgenden Band dieser Abhandlungen verschoben werden, worin auch eine umfassendere Untersuchung über das beneficium novorum und eine Zusammenstellung der in der Hinsicht vom OAGerichte angenommenen Grundsätze gegeben werden soll.

[18]) Die brem. Ger. Ordn. §. 177. gestattet dem Producenten nach Ablauf der Beweisfrist noch neue Beweismittel beizubringen, wenn ihm ohne seine Schuld die bisher gewählten Beweismittel verloren gegangen sind.

Digitized by Google

ducenten zur Zeit der ersten Beweisantretung bereits zu Gebote standen, oder nicht[19]).

§. 6.

Muß nun solchergestalt die eventuelle Eidesdelation in der Regel innerhalb der Beweisfrist zur Hand genommen werden, so fragt es sich nur noch, in welcher Maaße dieses geschehen muß, und kommt es hiebei theils in Betracht, ob eine Reservation der Eidesdelation genügt, oder ob der Eid bereits bestimmt dem Gegner zu deferiren ist; theils ob es vorläufig ausreicht, den Eid in allgemeinen und unbestimmten Ausdrücken anzutragen, und die weitere Verhandlung über dieses Beweismittel bis zu dem Augenblicke, wo es wirklich an die Reihe kommt, ausgesetzt sein zu lassen, oder ob dasselbe sofort so speciell und bestimmt anzuwenden und darüber so zu verhandeln ist, als dieses der Fall sein müßte, wenn die Eidesdelation als principales Beweismittel gewählt wäre. Bei der bloßen Reservation der Eidesdelation entsteht nämlich das Bedenken, daß der Vorbehalt eines Beweismittels dem wirklichen Gebrauche desselben keinesweges gleich geachtet werden kann, und daß es namentlich nicht genügen würde, sich innerhalb des Beweistermins die Beweismittel bloß vorzubehalten[20]), eben so wenig als wenn Jemand, statt innerhalb der Nothfrist die Appellation bestimmt anzuwenden, sich dieselbe bloß vorbehalten wollte[21]). Deshalb verlangte denn auch der lübische Gerichtsgebrauch vor noch nicht gar langer Zeit eine

---

[19]) Cf. Böhmer principia iur. canon. §. 812.

[20]) Vergl. Danz Grundsätze des ordentl. Proz. §. 262. Note b.

[21]) S. z. B. Ludovici Einleit. z. Civil-Proz. Kap. 27. §. 1, 2. Danz a. a. O. §. 405. a. E., 421. a. E.

Digitized by Google

bestimmte Delation auch des nur eventuell dem Gegner angesonnenen Eides, und hielt einen bloßen Vorbehalt desselben innerhalb der Beweisfrist nicht für ausreichend. Allein, da es sich bei der eventuellen Eidesdelation von einem erst künftig vorzunehmenden Akte handelt, und in einem solchen Falle mit dem Ausdrucke, man behalte sich die Handlung vor, gar oft die bestimmte Absicht, eintretenden Falls jene Handlung vornehmen zu wollen, bezeichnet wird; so läuft es in der That auf eine zu ängstliche Berücksichtigung des gewählten Ausdrucks hinaus, wenn man die Reservation der Eidesdelation nicht für eben so genügend als die eventuelle Delation des Eides selbst achten wollte; zumal beides im Effecte dasselbe Resultat giebt, da der Deferent selbst die schon vorgenommene Eidesdelation immer noch wieder fallen lassen könnte, wie er bei der bloß vorbehaltenen, wenn damit auch nur eine eigentliche Reservation gemeint sein sollte, demnächst zu erwägen haben würde, ob er nun zur bestimmten Delation des Eides schreiten wollte oder nicht. Dieser Ansicht folgt man jetzt denn auch in Lübeck, und wurde hienach in der bereits im §. 4. erwähnten Rechtssache Ohrt c. Schütt in allen dreien Instanzen eine Eidesdelation aufrecht erhalten, welche der Kläger sich bei der Antretung des Beweises bloß vorbehalten hatte[22]).

§. 7.

Zweifelhafter erscheint es, ob ein genereller Vorbehalt der Eidesdelation innerhalb der Beweisfrist ausreicht, oder

[22]) Dahin erkannte das NGericht am 9ten October 1824, das OGericht am 3ten Februar 1825, und das OAGericht am 25sten März 1826.

Digitized by Google

ob dabei nicht zugleich eventuell genau angegeben werden muß, worüber der Eid deferirt wird, wohl gar unter Hinzufügung der Formel, in welcher der Beweisführer denselben von dem Producten abgeleistet wissen will. Dieses Letztere scheint nun nicht bloß die Eventualmaxime, sondern auch die Zweckmäßigkeit zu erfordern, indem ohnedies der ganze Grundsatz, daß auch die eventuelle Eidesdelation innerhalb der Beweisfrist zur Hand genommen werden muß, auf wenig mehr als eine leere Förmlichkeit hinausgehen, durch die eventuelle gleichzeitige Verhandlung über die Eidesdelation aber umgekehrt der Vortheil erreicht werden dürfte, daß, wenn demnächst die Eidesdelation wirklich zur Anwendung kommt, alle Vorfragen, welche sonst leicht zu einer Verhandlung durch alle Instanzen führen können, sich bereits rechtskräftig erledigt finden. Auf der andern Seite ist aber nicht zu übersehen, daß die Eventualmaxime zwar wohl in einzelnen Beziehungen in den Gesetzen gegründet ist, so daß namentlich die vorhandenen Einreden gleichzeitig vorgeschützt und mit der Einlassung auf die Klage verbunden werden müssen, und daß der Appellat, welcher die Statthaftigkeit der Appellation bestreitet, zugleich seine eventuelle Vernehmlassung auf das Materielle der Beschwerden hinzuzufügen gehalten ist[25]); daß aber im Uebrigen die gedachte Maxime nur als ein doctrineller Grundsatz der neueren Prozessualisten erscheint, dieselbe mithin außer den Fällen, wo sie gesetzlich begründet ist, nur insoweit geltend gemacht werden kann, als dafür in jenen gesetzlichen Vorschriften eine passende Analogie enthalten ist.

[25]) c. 4. X. de except. (2, 25). K. G. O. v. J. 1555. Th. 3. Tit. 27. §. 1, 2. R. A. v. J. 1570. §. 89, 90, 92; v. J. 1594. §. 63, 64; v. J. 1654. §. 37 70.

Digitized by Google

§. 8.

Dafür aber, daß nur eventuelle Beweismittel zugleich mit den principalen nicht bloß namhaft gemacht, sondern auch vollständig instruirt werden müßten, giebt es in unserm gemeinen Rechte keine analoge Vorschrift; vielmehr spricht dawider die Bestimmung, daß der Beklagte, obwohl er seine Einreden gegen die Klage sofort vorschützen muß, doch zum Beweise derselben nicht eher zu schreiten braucht, als bis der Kläger den des Klagegrundes erbracht hat[24]), ein Grundsatz, dessen fortdauernde Gültigkeit keinem erheblichen Bedenken unterliegt, und auch wohl nicht in Zweifel gezogen wäre, wenn man nicht unstatthafter Weise aus der Eventualmarime so argumentirt hätte, als wenn sie sich in den Gesetzen als allgemeines Rechtsprinzip für das gerichtliche Verfahren sanctionirt fände[25]). Wenn nun noch hin-

---

[24]) l. 9. C. de except. (8, 36); coll. l. 19. C. de probat. (4, 19); l. 9. C. de praescript. l. t. (7, 33).

[25]) So macht es namentlich Linde Lehrbuch d. gem. deutsch. Civilproz. §. 215. S. dagegen Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahrens §. 187; und Gönner Handbuch d. Proz. B. 2. Abhandl. 42. §. 4. Nach diesem im Texte angeführten Grundsatze hat denn auch das OAGericht beständig erkannt, namentlich am 23sten Februar 1821. J. S. Löhrs c. Hudtwalker et Comp.; und am 30sten October 1826 J. S. des hochlöblichen Bauamts zu Frankfurt c. Minoprio. Letztere Sache war zwar eine summarische; allein, da in derselben von dem Richter, welcher das Beweisinterlocut abgegeben hatte, die gesetzliche Befugniß, in solchen Sachen die Beibringung aller Beweise von beiden Theilen in einem und demselben Termine zu fordern „(Clen. 2. de V. S. 5, 11. verbis:“ ut iudex ad exhibendum cet.), nicht benutzt, und eine gleichzeitige Verhandlung des Einredebeweises mit dem des Klagegrundes nicht ver-

Digitized by Google

zukommt, daß die Verhandlung über die Zulässigkeit eines Beweismittels, und die weitere Instruction desselben oft sehr weitläufig und kostspielig ist, auch vielen Contestationen, weswegen die Sache oft durch alle Instanzen getrieben werden könnte, ausgesetzt sein kann; so dürfte dafür, bloße eventuelle Beweismittel, bei denen es ja noch immer zweifelhaft ist, ob von ihnen Gebrauch gemacht werden wird, sofort mit den principalen zu instruiren, auch nicht einmal das Princip der Zweckmäßigkeit geltend gemacht werden können. Bei einer eventuellen Eidesdelation ist nun freilich die Angabe des Producenten, daß und worüber er im Entstehungsfalle den Eid zuschiebe[25]), sofort möglich und wegen der Prozeßleitung nothwendig; allein wo, wie nach frankfurtischem Rechte, der Eid nur zur Bestärkung schon anderweit vorhandener Beweise deferirt werden darf, da kann häufig selbst über die Zulässigkeit der Eidesdelation nicht sogleich verhandelt werden, und, was die Eidesformel anbetrifft, so wird sich diese genau und scharf mehrentheils erst dann bestimmen lassen, wenn das Resultat der übrigen Beweisführung vorliegt. Da nun eine generelle Reservation der Eideszuschiebung nach der Regel, daß das Generelle alle darunter begriffenen Einzelnheiten umfaßt, für alle diejenigen Punkte zu verstehen ist, über welche die anderweitigen Beweismittel kein genügen-

---

ordnet war, so mußte in der Hinsicht die Sache ihrer summarischen Natur ungeachtet ganz nach der oben angegebenen Regel, welche an sich auch für summarische Sachen gilt, entschieden werden.

[25]) Dieses gehört nach der brem. Ger. Ordn. §. 250. zur Antretung des Beweises durch Eidesdelation.

Digitized by Google

des Resultat liefern, mithin von der Seite her nicht als zu unbestimmt erscheint; so muß dieselbe, und die einstweilige Aussetzung der weiteren Verhandlung darüber, bis zur Beendigung des principalen Beweisverfahrens auch für statthaft angesehen werden. Und gewährt dieser Vorbehalt des Eides immer noch den Vortheil, daß der Richter, wenn ihm die übrige Beweisführung ungenügend erscheint, nun nicht sofort ein dem Producenten nachtheiliges Definitiverkenntniß abgeben darf, sondern ihm zuvor noch die Gelegenheit, jetzt von dem reservirten Eide Gebrauch zu machen, eröffnen muß; auch wenn derselbe in seiner Deductionsschrift den Vorbehalt nicht wiederholt haben sollte, indem in dieser Unterlassung kein Verzicht auf die frühere Reservation gefunden werden kann. So erkannte das Oberappellationsgericht am 25sten März 1826 mit der 1sten und 2ten Instanz i. S. Ohrt c. Schütt.

Digitized by Google

XVI.

Giebt es nach deutschem, und insonderheit nach frankfurtischem Rechte, eine potestas der Mutter über ihre Kinder?

---

§. 1.

Nachdem die Verachtung, worin unser nationales Recht seit der Zeit, wo der wissenschaftliche Eifer sich auf die Bearbeitung der fremden Rechte geworfen hatte, bei den gelernten Juristen stand, durch die Bemühungen Conrings und Anderer um die einheimischen Rechtsquellen und Rechte sehr vermindert, und es Mode geworden war, sich auch wieder mit den letzteren zu beschäftigen, und die Grundsätze des germanischen Rechts zusammen zu stellen; so fehlte es doch hiebei lange, ja, man kann wohl sagen, bis auf die neueste Zeit sehr an einer zweckmäßigen Methode. Man benutzte die vorhandenen Quellen bei weitem nicht umfassend genug, drang deshalb in den inneren Zusammenhang und in den wahren Geist unsers Rechtes nicht gehörig ein, vermochte dessen Instituten nicht historisch zu folgen, und befand sich dadurch außer Stande, mit critischer Genauigkeit das Fremdartige in den einheimischen Rechtsmonumenten von dem Aechten zu sondern, und bloß aus dem letzteren das System zu bilden. Dadurch wurde es denn namentlich möglich, daß zu einer Zeit wo man

Digitized by Google

die juristische Strenge und Consequenz scheuete, und nur zu geneigt war, an der Stelle eines männlichen Ernstes im Rechte ein weichliches Billigkeitsgefühl, eine so genannte Natur der Sache, walten, und statt des Lichtes historischer Forschung und gründlicher Erfahrung das Licht der Natur leuchten zu lassen, häufig da, wo man sich durch die strenge Wissenschaftlichkeit des römischen Rechts genirt fühlte, eine angebliche germanische Idee. dawider zu Hülfe gerufen, durch irgend eine abgerissene Stelle aus einem Volksgesetze oder Rechtsbuche, ohne alle nähere Prüfung, ob nicht vielleicht gerade diese Stelle aus dem fremden Rechte stamme, begründet, und dann ohne Weiteres als ein mildes, aus nationaler Einfalt, Treue und Redlichkeit hervorgegangenes Prinzip angepriesen wurde. Wie viele und wie crasse Irrthümer durch ein solches verkehrtes Beginnen gebildet, von Einem dem Andern nachgeschrieben, und nicht selten sogar in die Gesetze und Statuten übertragen worden sind, darüber ließen sich fast aus jeder Lehre des germanischen Staats- und Privat-Rechts Belege beibringen. Es kann aber der Wissenschaft nur frommen, dieselben aufzudecken, damit sie da, wo sie nur noch eine doctrinelle Autorität für sich haben, keine Wurzel fassen, und da, wo sie etwa schon die gesetzliche Sanction erhielten, durch analoge Anwendung nicht noch weiter verbreitet werden.

§. 2.

Zu einer Lehre dieser Art gehört die Theorie, welche die Germanisten früher sehr allgemein von der Gewalt der Aeltern über ihre Kinder aufstellten, und die auch noch nicht ganz vergessen ist. Sie behaupteten nämlich, man habe sich in diesem Stücke in Deutschland bloß an das natürliche Recht gehalten, die strenge, nach Sclaverei schme-

Digitized by Google

kende patria potestas der Römer daselbst niemals adoptirt, sondern, wie dieses namentlich die Auflösung dieser Gewalt durch Verheirathung der Töchter und Etablirung der Söhne ergebe, das Wesen derselben bei uns in der Beschützung, Ernährung und Erziehung der Kinder gesetzt. In allen diesen Hinsichten stehe nun aber die Mutter dem Vater zwar nicht gleich, doch zur Seite, und gebühre demnach derselben bei Lebzeiten des Vaters über die Kinder eine untergeordnete Gewalt neben demselben, nach dessen Tode aber eine fortgesetzte alleinige Gewalt. Diese Letztere lassen denn Manche wie bei dem Vater bis zur förmlichen Separation der Güter oder bis zur Trennung der Kinder vom Haushalte der Mutter, Andere aber doch wenigstens so lange fortdauern, als die Kinder noch der Erziehung bedürfen [1]). Zur Begründung dieses Satzes als eines alt-

[1]) Beyer delineatio iuris German. lib. 1. cap. 26. §. 69—71. Engau elementa iur. German. lib. 1. §. 295, 96. Polac systema iurisprud. civ. German. antiquae lib. 1. cap. 11. §. 3; cap. 12. §. 4. Heineccius in antiquit. German. Tom. 2. lib. 2. cap. 16. §. 2; et in elementis iur. German. lib. 1. §. 138. Schilter exercit. ad ff. ex. 37. §. 42. in fin. Böhmer I. E. P. lib. 4. tit. 2. §. 9—12. Riccius spicilegium iur. German. pag. 430—7; 440, 1. Dreyer de usu iuris Anglo-Saxonici pag. 99 et 100. Hellfeld opuscula nr. VII. §. 35 et 36. (ed. Fischer pag. 133—5). Schmalz Lehrbuch d. deutsch. Privatr. §. 495. Zwei besondere Dissertationen werden auch noch über diesen Gegenstand angeführt, nämlich N. C. de Lyncker de potestate in liberos. Jenae 1688, und Rothhann (praes. Riccius) de materna potestate in liberos ex Germanorum legibus. Gottingae 1772. Selbst Runde im Lehrbuche d. deutsch. Privatrechts §. 614. stellt noch die Behauptung auf, die Gewalt der Aeltern über ihre

Digitized by Google

germaniſchen, beruft man ſich theils auf mehrere Stellen in dem weſtgothiſchen und burgundiſchen Geſetze, wo ſich die Vorſchrift findet, daß nach dem Tode des Vaters die Kinder in der potestas der Mutter ſtehen ſollen[2]); theils darauf, daß in den Volksgeſetzen bei den Verlöbniſſen und Verheirathungen der Kinder die parentes zugezogen werden ſollen, was man von beiden Aeltern verſteht[3]); theils

Kinder ſei in Deutſchland urſprünglich keine andere geweſen, als diejenige, welche auch das Naturrecht kenne, und habe dieſe es beſonders mit der Erziehung der Kinder zu thun gehabt und beiden Aeltern zugeſtanden.

[2]) L. Wisigoth. lib. 4. tit. 2. l. 13. „Patre mortuo, filii in matris potestate consistant . . .“ Eine andere Stelle dieſes Geſetzes, die beiden Aeltern die potestas flagellandi et corripiendi liberos einräumt (lib. 4. tit. 5. l. 1. vers. fin.) wird ebenfalls hieher gezogen, aber ohne allen Grund, da ſie offenbar nur von einem Züchtigungsrechte, von keiner potestas als von einem auf den status ſich beziehenden Rechte redet. — Die l. Burgund. tit. 59. verordnet von der Witwe . . . „si nubere electa castitate distulerit, filii cum omni facultate in eius solatio et potestate consistant.“ In andern Stellen dieſer Geſetze wird dieſes aber als eine Vormundſchaft der Mutter behandelt, indem es in der l. Burgund. tit. 85. §. 1. heißt: „Si mater tutelam suscipere voluerit, nulla ei parentela praeponatur;“ und noch ausführlicher in der l. Wisigothor. lib. 4. tit. 3. l. 3; „Si patre mortuo, in minori aetate filii relinquantur, mater eorum tutelam, si voluerit, suscipiat, si tamen in viduitate permanserit, ita ut de rebus filiis debitis inventarium faciat, per quod postmodum filii hereditatem sibi debitam quaerant . . . .“

[3]) L. Salica tit. 70. §. 1. Formula Lindenbrogi 75 et 79. (in eius Cod. leg. antiq. pag. 1255 et 1257; und bei Canciani barbarorum leges antiquae Tom. 2. pag. 488, 9.)

Digitized by Google

endlich darauf, daß Fälle vorkommen, wo die Mutter ihre Kinder auf rechtsbeständige Weise ins Kloster gegeben hat[4]). Was ferner die mittleren Zeiten betrifft, so findet man im Sachsenspiegel die doppelte Bestimmung, daß dem Vater über die Kinder nur eine Vormundschaft zustehe, und daß solche Vormundschaft nach dem Tode des Vaters der Mutter gebühre[5]), und macht es aus den statutarischen Rechten geltend, theils daß einige derselben der Mutter ausdrücklich eine Gewalt beilegen[6]), theils daß viele derselben

---

L. Baiuvar. tit. 7. cap. 14. §. 1, 2. coll. Lege Saxonum tit. 6. L. Frision. tit. 9. §. 11 — 13; L. Wisigothor.. lib. 3. tit. 1. §. 3. coll. §. 3. In diesem Gesetze l. c. §. 7. findet sich sogar die ausdrückliche Bestimmung, daß nach dem Tode des Vaters vorzugsweise unter Zuziehung der Mutter die Kinder sich verloben sollen. Vergl. auch Tacitus in Germania cap. 18. Capit. 3. a. 819. cap. 8. (Baluz. I, 609, 10). Heineccii antiq. German. Tom. 2. lib. 2. cap. 13. §. 2 — 4.

[4]) Riccius l. not. 1. cit.

[5]) Sachs. Sp. I, 11: „Helbet auch der vater sine kindere in vormundeschaft. nach irre muter tode. swenne si sich scheiden von ime. her sal im wider lazen und wider gebn alle ir muter gut. ez en sie im von ungelucke und ane sine schult geloset. Diz selbe sal daz wib des vaters kinderen tun ab ir vater stirbet. und iclich man der kinder vormunde ist." Vergl. das schles. Landr. Th. 1. Kap. 14. dist. 9. u. Kap. 43. dist. 7. (bei Böhme diplomat. Beitr. Th. 4. S. 16 u. 40).

[6]) Am bestimmtesten sprechen sich hierüber die Statuten von Mühlhausen v. J. 1692. B. 4. Art. 31. aus, und können ihre Vorschriften wohl als Repräsentanten der oben entwickelten doctrinellen Ansicht dieser Lehre gelten, weshalb sie hier einen Platz finden mögen. Sie lauten so: „§. 1. Ob wohl in denen römischen Rechten die Gewalt über die Kinder und Enkel, Söhne und

Digitized by Google

der Mutter die Befugniß einräumen, nach dem Tode des Vaters mit ihren Kindern in unabgetheilten Gütern sitzen bleiben zu dürfen, und dann die Verwaltung des Gesamt-

Töchter, bloß denen Vätern und väterlichen Anherren gegeben, und die Mütter darvon gänzlich ausgeschlossen werden, Wir aber dennoch wahrgenommen, daß unsere alte Willkühr und bisheriger Stadtgebrauch hierinnen unter Vater und Mutter keinen Unterschied gemacht, außer, daß dem Vater als Haupt der Familie der Vorzug, wie in Verwaltung oder Administration der gemeinschaftlichen Güther, also auch in Erziehung der Kinder, gegönnt werden, also lassen Wir es auch vor jetzo dabei bewenden, und wollen, daß so wohl die Mutter, als der Vater, Gewalt über ihre Kinder haben soll. §. 2. Es soll auch solche bei eines Ehegatten Absterben in dem überlebenden continuirt und fortgestellet werden. §. 3. Ferner wollen Wir, daß diese Gewalt so lange dauern soll, bis die Kinder ihr vollkömmlich Alter erreicht haben, und von ihren Eltern gebürlich ausgestattet werden, dieselben auch sich darauf von ihnen absondern, ihre eigene Wohnung, Haushaltung und Handthierung anstellen, und eigen Feuer und Rauch halten, dann solche von volljährigen oder verheiratheten Kindern geschehene Absonderung soll für eine rechte Emancipation, und daß sie, die Kinder, dadurch der väterlichen Gewalt nicht weniger, als wenn es vor der Obrigkeit geschehen wäre, vollkommlich entledigt sein, gehalten werden." Vergl. noch B. 3. Art. 54. §. 1; B. 4. Art. 20. §. 1, u. Art. 25. §. 1. Bei den abgetheilten Kindern werden die Mutter und Großmutter unter den Bedingungen des gemeinen Rechtes zur Mitvormundschaft zugelassen. B. 4. Art. 33. §. 2. — Auf ähnliche Weise verordnen die Statuten von Eisenach v. J. 1670. Th. 1. Tit. 4. Art. 2. (in Francken neuen Beitr. z. d. sächs. Geschichten und Rechten Th. 1. S. 198); . . . „stirbt alsdann derselben Eheleuten eines, so ist das Ueberbleibende ein Herr der Kinder und Güter aller, so sie beide in stehender Ehe mit einander gehabt und besessen haben . . . ." Auch ein älteres Stadtrecht von Freiburg, in dessen Statuten v. J.

Digitized by Google

gutes, so wie das häusliche Regiment über ihre Kinder zu behalten. Ganz besonders aber stützt man sich darauf, daß das Recht zur Pupillarsubstitution, welches bekanntlich nach dem römischen Rechte ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist, in manchen mittleren und neueren Rechten, besonders des südlichen Deutschlands, auch der Mutter zugetheilt worden ist[7]); woraus sich mithin klar ergebe, daß auch der Letzteren eine potestas beigelegt werde.

§. 3.

In Frankfurt namentlich, wo die Schriftsteller über das dortige Particularrecht ebenfalls eine der Mutter zustehende Gewalt angenommen haben, wird hiefür theils die allgemeine germanische Ansicht geltend gemacht, theils darauf provocirt, daß in der frankfurtischen Reformation der Mutter das Recht der Pupillarsubstitution[8]), so wie des

1120. §. 26. (Walther Geschichte d. Berner Stadtr. Anh. S. 8.) schon von einem puer sub patris vel matris constitutus imperio die Rede ist, wird hiefür angezogen (Hellfeld l. not. 1. cit. not. c.).

[7]) Landrecht von Baden-Baden v. J. 1588. Th. 3. Tit. 5. §. 3. a. E. Landrecht v. Baden und Hochberg v. J. 1654. Th. 5. Tit. 12. §. 7. coll. §. 2, 3, 5. Churpfälz. Landr. Th. 3. Tit. 10. §. 5. Würtemberg. Landr. Th. 3. Tit. 12. §. 4. Hohenloher Landr. Th. 4. Tit. 4. §. 10, 11. Fränk. Landesgerichts-Ordn. Th. 3. Tit. 45. §. 1 u. 5. Nassau-Catzenellnbog. Landesordn. v. J. 1616. Th. 3. Kap. 6. §. 5. Erneuertes Landr. d. Churstifts Trier Tit. 1. §. 30. Lauterbach colleg. lib. 28. tit. 6. §. 23. in fin. Griesinger Commentar üb. d. würtemberg. Landr. B. 6. §. 86. ibique cit. not. q. Mittermaier Lehrbuch d. deutsch. Privatr. §. 315. Not. 10.

[8]) Frankf. Reformat. Th. 4. Tit. 4. Art. 5. ibique Orth in d. Anmerk. S. 324, 5.

Digitized by Google

Beisitzes und der Verwaltung des väterlichen Erbtheils der Kinder nach dessen Absterben[9]) eingeräumt; und daß in Betreff der exceptio SCti Macedoniani vorgeschrieben ist, sie finde bei Darleihen statt, welche Kindern, die in der Gewalt ihrer Eltern stehen, ohne deren Zustimmung gegeben worden sind[10]). Endlich werden auch in einer Verordnung vom 3ten Dec. 1776, welche in der Regel ein richterliches Decret für nothwendig erklärt, wenn die Vormünder die Insätze und Capitalien ihrer Curanden einziehen oder auf Andere übertragen wollen, von der Nothwendigkeit dieser also zu erwirkenden Vergünstigungsdecrete ausgenommen „leibliche Väter und Mütter, als natürliche Vormünder ihrer Kinder, in Kraft der ihnen zustehenden elterlichen Gewalt, und des ihnen an denen Gütern ihrer Kinder competirenden lebenslänglichen Nießbrauchs und Administrationsbefugnissen“[11]). Auf diese Ansicht hat man denn auch allerdings erhebliche practische

---

[9]) Frankfurt. Ref. Th. 5. Tit. 8. §. 11—15., ibique Orth in d. Anmerk. S. 540.

[10]) Ebendas. Th. 2. Tit. 11. §. 12, 13. Frankfurt. Judenstätigkeit v. J. 1616. §. 51. (b. Beyerbach B. 6, S. 1268). „Sie (die Juden) sollen auch keines Bürgers zu Frankfurt Kind, das noch unverändert unter dero Eltern oder Vormundt Gewalt ist, und das Seine nicht selbst unter Händen, und eigener Verwaltung hat, ichts leihen...“ Vgl. Orth Anmerk. z. Frankfurt. Reformat. Th. 2. Tit. 1. §. 4. S. 22. 32—35.

[11]) S. d. erwähnte Verordn. § 5. (bei Beyerbach Th. 2. S. 253). Vgl. üb. d. Ganze Orth in d. Anmerk. z. Frankf. Reformat. Th. 2. Tit. 1. §. 4 u. 8. (S. 22, 66, 67—78); Tit. 6. §. 2. (S. 540) und Th. 7. Tit. 2. §. 6—8. (S. 544—9). v. Adlerflycht Privatr. d. fr. Stadt Frankfurt Th. 1. §. 45. S. 63

Digitized by Google

Folgen gründen wollen. Denn als namentlich ein junger Rechtsgelehrter zu einer Zeit, wo er bereits die Großjährigkeit erlangt, von der Universität heimgekehrt war, alsbald seinen Vater verloren, und wenige Tage darauf, wo er noch im Hause und von dem Brode seiner Mutter lebte, auch von derselben noch nicht abgetheilt war, einen Wechsel über eine nach dem Inhalte desselben ihm baar dargeliehene Summe ausgestellt hatte, so suchte er, als er später aus diesem Wechsel belangt wurde, sich unter andern auch mit der exceptio SCti Macedoniani zu vertheidigen, indem er zur Zeit der Ausstellung des Wechsels nach den angeführten Umständen noch in der Gewalt seiner Mutter gestanden habe.

§. 4.

Unterzieht man nun aber die Sache einer genaueren Prüfung, so läßt sich die Behauptung, daß der Mutter eine potestas zustehe, weder nach den Grundsätzen des germanischen Rechts überhaupt, noch insonderheit nach den Vorschriften des frankfurtischen Particularrechts billigen. Gehen wir zuvörderst auf die älteren Zeiten, und auf die unvermischte germanische Ansicht zurück, so muß so viel allerdings als richtig zugegeben werden, daß eine patria potestas im Sinne der Römer den Deutschen unbekannt war; aber ganz grundlos ist es, daß zwischen dem Vater und seinen Kindern gar kein besonderes juristisches Verhältniß, sondern nur ein beiden Aeltern gemeinsames Recht der Erziehung und ein damit zusammenhängender Anspruch auf Gehorsam und Ehrerbietung statt gefunden habe. Es standen vielmehr die Kinder allerdings außerdem noch in einem streng juristischen Verhältnisse zu ihrem Vater, nämlich dem des mundii oder einer Vormundschaft, vermöge dessen der

Digitized by Google

Vater sie zu schützen, sie gerichtlich zu vertreten, dagegen aber auch ihr etwaiges Vermögen zu verwalten und zu genießen, und ihr Wehrgeld so wie den Kaufschilling für Verheirathungen der Töchter zu erheben hatte[12]). Nun ist es aber eine bekannte Sache, daß bei den Germanen unverheirathete, verheirathete und verwitwete Weiber unter beständiger Vormundschaft standen[13]), weil man sie als des Schutzes und der Vertretung bedürftig ansah. Damit erscheint es aber völlig unverträglich, daß das Weib selbst eine Vormundschaft über Andere ausgeübt haben sollte[14]).

[12]) Eichhorn deutsch. Staats- und Rechts-Geschichte B. 1. §. 52, 53, 55, 63; B. 2. §. 352, 371; und Einleit. in d. d. Pr. R. §. 312. Weiske Grundsätze d. d. Pr. Rs. nach dem Sachsenspiegel. §. 9. Sachs. Sp. B. 1. Art. 11. (s. oben Not. 5). Auch davon, daß die Kinder für Schulden des parens dem Gläubiger zu Eigen hingegeben wurden, finden sich nur Beispiele, daß der Vater, nicht daß die Mutter dieses vorgenommen hat. Taciti Annal. Lib, 4. C. 72. L. Baiuv. t. 1. C. 11. §. 1.

[13]) S. z. B. l. Rotharis 205. coll. 188, 190, 195—7; l. Liutprandi IV. 4; L. Burgund. addit. 1. tit. 13. Gaertner ad l. Saxon. tit. 7. §. 2. not. p. pag. 96—74. Sachs. Sp. B. 1. Art. 45—47; B. 3. Art. 45. Schles. Landr. Th. 1. Kap. 42. dist. 9; Kap. 43. dist. 9. (Böhme Th. 4. S. 38 u. 40). Schwab. Sp. Kap. 313. §. 2. ff. Lüb. R. v. J. 1235. Art. 34. (de Wertphalen III., 34); v. J. 1240. Art. 114. coll. 21. (ibid. 652 u. 642); Cod. Brok. I, 116. coll. 22, 212, 213; II, 9. coll. 6, 14, III., 44. coll. 45, 316; 345; 378. Magdeb. R. v. J. 1304. Art. 132, Schott Samml. B. 1. S. 84). Eichhorn D. St. u. Rs. Gesch. B. 2. §. 353. Kolderup Rosenwinge dänische Rechtsgesch. übers. v. Homeyer §. 18, 20, 44, 46, 95.

[14]) Eichhorn a. a. O. §. 352. coll. B. 1. §. 55. not. a. Mittermaier d. Pr. R. §. 315. Weiske l. not. 12 cit. Konnte

Deshalb konnte denn auch nach den ächten germaniſchen Rechten weder die Ehefrau neben dem Manne, ihrem Vogte, noch die Witwe nach deſſen Tode ein mundium über ihre Kinder erhalten; ſondern dieſes ſtand bei Lebzeiten des Mannes lediglich dieſem, nach deſſen Tode aber, ſeinen nächſten männlichen Verwandten zu, inſofern nämlich die Kinder überall noch einer Vormundſchaft bedurften, die Söhne ihre vogtbaren Jahre noch nicht erreicht hatten, und die Töchter noch unverheirathet waren. Unter der Vormundſchaft dieſes Verwandten ihres verſtorbenen Ehemannes, ja nach Umſtänden ſogar unter der Vormundſchaft von deſſen Söhnen, ſtand nun auch die Witwe ſelbſt[15]). Dieſes Letztere hat freilich der Sachſenſpiegel dahin abgeändert, daß die Witwe durch den Tod ihres Ehemannes von deſſen und ſeiner Angehörigen Rechte frei wird, allein Mündigkeit gewinnt ſie dadurch doch keineswegs, ſondern kommt vielmehr jetzt unter die Vormundſchaft ihres eigenen nächſten

daher der Vater, z. B. wegen der Unrechtmäßigkeit der Ehe das mundium der Kinder nicht haben, ſo ſtand dieſes nicht der Mutter, ſondern demjenigen zu, in deſſen mundio ſie ſich befand. L. Alamann tit. 51. §. 2. coll. §. 1. et tit. 52, 53.

[15]) Denn das mundium galt wegen der damit verbundenen Vermögensrechte als ein vom Manne erworbenes, auf ſeine dazu qualificirten Erben transmiſſibeles ius. L. Rotharis 182; L. Saxon. tit. 7. §. 2, 3. Schilter praxis iur. Roman. ex 37. §. 241. Eichhorn a. a. O. B. 2. §. 352. Not. dd. Cf. l. Anglior. et Werinor. tit. 6. §. 5. coll. §. 1, 8. Nur dann fiel das mundium der Witwe an ihre eigenen Schwertmagen zurück, wenn die des Ehemannes daſſelbe mißbrauchten, oder wenn jene es von dieſen zurückkauften. L. Rotharis 182, 183, 199. coll. l. Saxon. tit. 7. §. 4.

Digitized by Google

ebenbürtigen Verwandten von der Schwertseite[16]); die Kinder aber stehen nicht unter ihrer, sondern unter der Vormundschaft ihres nächsten männlichen Verwandten von Vatersseite[17]).

§. 5.

Dagegen läßt sich nun auch keinesweges geltend machen, daß die Mutter, wie dieses, aber auch nur dieses, und keinesweges, daß sie Vormünderin ihrer Kinder sei, die oben angeführte Stelle des Sachsenspiegels B. 1. Art. 11. sagt, mit ihren Kindern in ungetheilten Gütern sitzen bleibt, und die Verwaltung des Samtgutes so wie die Erziehung der Kinder behält; denn das mundium, worin unverheirathete Weiber standen, entzog ihnen durchaus nicht die Verwaltung, wenn auch häufig die eigenmächtige Veräußerung ihres Vermögens[18]), und beeinträchtigte sie nicht bei

---

[16]) L. Saxon tit. 7. §. 5—7. Sachs. Sp. B. 1. Art. 4. 5. coll. 23. a. E. Schwab. Sp. Kap. 270. §. 5. Weiske a. a. O. §. 8. a. E. u. §. 17. Phillips Geschichte des Angelsächs. Rechts. §. 35.

[17]) Sachs. Sp. B. 1. Art. 23. Schles. Landr. Th. 1. Kap 6. d. 1; Kap. 42. pr. u. d. 3; Kap. 43. d. 4. (Böhme Th. 4. S. 8, 37, 39). Schwab. Sp. Kap. 270. §. 3, 4; Kap. 328. §. 4. Magdeb. Recht v. J. 1261 §. 57. u. v. J. 1304. Art. 38. (Schott Samml. B. 1. S. 63), Sächs. Weichb. Art. 49. coll. 92. Weiske a. a. O. §. 16. Vgl. noch Magdeb. R. v. 1304 Art. 134. coll. 50. (Schott a. a. O. S. 85, 66). Lübisches R. v. J. 1235. Art. 37. coll. 68; (de Westphalen mon. ined. Tom. 3. col. 624 a. E.; 628) v. J. 1240 Art. 23. (ibid col. 642); v. J. 1266 Art. 24. (Dreyer vermisch. Abhdl. B. 1. S. 451); im Cod. Brok. I, 24; II, 4; III, 40.

[18]) S. z. B. L. Rotharis. 205. Sachs. Sp. B. 1. Art. 45. Eichhorn d. St. u. Rs. Gschte. B. 2. §. 372; u. Einl. d. d. Pr.

Digitized by Google

der Führung des häuslichen Regiments. Man ließ also das Vermögen beisammen, weil Mutter und Kinder sämtlich davon leben sollten, und weil, bei dem genauen Verhältnisse zwischen ihnen, es unschicklich erschien, daß in demselben Haushalte, so lange dieser derselbe blieb, das Mein und Dein der Einzelnen, was rechtlich allerdings getheilt war, in der Verwaltung unterschieden werde. Durch diese Gemeinschaft der Vermögensverwaltung, und durch die dabei der Mutter eingeräumten Vorrechte wurde aber das juristische Verhältniß nicht geändert. Das Kind mußte sich der häuslichen Ordnung der Mutter fügen, und die Sitte gebot, derselben Gehorsam und Achtung zu zollen; allein es wurde dadurch nicht juristisch von der Mutter abhängig, war deshalb nicht juristisch unvollständig, und konnte die ihm etwa mangelnde Rechtsfähigkeit bei der Eingehung von Rechtsgeschäften nicht durch die Auctorität der Mutter ergänzt werden. Man kann ferner mit völliger Sicherheit behaupten, daß durch Beleidigungen, die dem Kinde widerfuhren, die Mutter nicht als mitbeleidigt angesehen, und daß der Uebelthäter nicht verpflichtet wurde, ihr als Mutter, des Kindes wegen, eine Genugthuung oder ein Wehrgeld zu leisten, sondern daß sie an letzterem nur als

---

R. §. 322—4. Mittermaier Lehrb. d. d. Pr. R. §. 380,1. coll. Weiske a. a. O. §. 17. An dem gegenwärtigen Vermögen der Frau erhielt der Vormund keine Rechte, wie C. Liuter II., 8 bestimmt verordnet: „Parentes autem propinqui, aut mundualdus earum suscipiant de ea tantum mundium: nam de rebus eius aliud nihil percipiant....“ Vgl. Muratori antiquit. Italiae medii aevi Tom. 2. pag. 113—5; Heineccius D. de tutela vel cura marit. cap. 2. §. 6. in fin. (in sylloge opusculor. pag. 846).

Digitized by Google

Erbin ihres Kindes concurriren konnte[19]). Der Beisitz der Mutter, der sich übrigens auf das väterliche Vermögen der Kinder beschränkt, und das denselben anderweitig angefallene Vermögen durchaus nicht mit umfaßt, berechtigt daher keinesweges, eine potestas oder ein mundium der Mutter über ihre Kinder nach dem Tode des Vaters, anzunehmen[20]).

§. 6.

Eben so unerheblich ist der zweite für eine der Mutter zuständige Gewalt angeführte Grund, daß nach den Volksgesetzen bei der Verheirathung der Kinder und namentlich der Töchter die parentes zugezogen werden sollen.

---

[19]) Denn das Wehrgeld fiel vorzugsweise denjenigen zu, welchen die Blutrache des Erschlagenen oblag, und deren Frieden man damit wieder erkaufte; also nicht den Weibern, weil sie zur Fehde untüchtig waren. L. Liutpr. II, 7. coll. L. Salica tit. 65; l. Anglior. et Werin. tit. 6. §. 5. Siccama ad l. Frision. tit. 2. §. 2. not. c. pag. 32—34. Rogge üb. d. Ger. Wesen d. Germanen, S. 13, 14.

[20]) Eichhorn d. St. u. R. Gschte. B. 1. §. 55, B. 2. §. 369, 371; u. Einleit. in d. d. Pr. R. §. 307, 311, 313. a. E. Schon früh ging das Bestreben dahin, der Frau einen lebenslänglichen Unterhalt während des Witwenstandes durch einen Nießbrauch an Vermögensstücken des Mannes zu sichern, (z. B. L. Ripuar. tit. 49; L. Saxon. tit. 8. §. 1—4; L. Burgund. tit. 42); und wenn es auch bei dem Tode des Vaters für angemessen geachtet wurde, die unmündigen Kinder der Mutter zur Ernährung und Erziehung zu lassen, so bestand doch daneben eine eigentliche Vormundschaft der agnati; wie sich das Verhältniß besonders im angelsächsischen Rechte hervorhebt. L. Hlotharii 6, I. Inae 38. (Wilkins p. 8. d. 20, 1.) Vgl. auch Kolderup Rosenwinge a. a. O. §. 44. Note a.

Digitized by Google

Denn, abgesehen einstweilen von den besonderen Vorschriften des westgothischen und burgundischen Gesetzes, so sind, wenn jener Zuziehung als einer rechtlich nothwendigen Handlung gedacht wird, unter parentes nicht die Aeltern, sondern die Verwandten, und von diesen wieder nur die männlichen, die Häupter der Familie zu verstehen. Dieses ergiebt entscheidend der doppelte Umstand, daß jene Zustimmung zur Verheirathung des Mädchens zu dem Ende erfordert wird, damit das mundium über sie von ihrem bisherigen Vormunde, was nur der Vater oder einer der väterlichen Agnaten war, auf den Ehemann übergehe; und daß, wenn die Einholung dieses Consenses versäumt war, solches als eine Verletzung des vormundschaftlichen Schutzrechtes angesehen, deshalb darauf lediglich eine Buße an den Vormund gesetzt, und es dem Ehemanne zur Pflicht gemacht war, nun noch von diesem das mundium über seine Frau zu erwerben, und so der auf ungültige Weise eingegangenen Ehe hinterdrein Rechtsbestand zu verschaffen[21]).

[21]) So ordnet es bestimmt die l. Saxon. tit. 10. §. 1: „Qui foeminam ab alio desponsatam rapuerit, 300 sol. patri puellae, 300 sponso componat et insuper 300 emat eam.“ So ferner die l. Frision. tit. 9. §. 11: „Si liberam foeminam extra voluntatem parentum eius, vel eorum qui potestatem eius habent, uxorem duxerit, componat tutori eius sol. 20.“ So auch in den andern Volksgesetzen, namentlich in l. Salica emed. tit. 47; l. Alamannor. tit. 54, und in vielen Stellen der longobardischen Gesetze, z. B. l. Rotharis 181, 182, 184, 192, 215, und ganz bes. 190, wo zugleich die Bedeutung des Wortes parentes erklärt wird. Hier heißt es: „Si quis puellam aut viduam alteri sponsatam, illa tamen consentiente, tulerit ad uxorem, componat parentibus mulieris, i. e. patri vel fratri eius, vel ad quem mundium

Mag daher auch immerhin die Sitte es erheischt haben, die Zustimmung der Mutter zur Verheirathung der Kinder nachzusuchen; so kann dieses doch nicht als ein rechtliches Erforderniß zur Gültigkeit des Geschäftes angesehen werden, und trat bei dessen Unterlassung nicht, wie bei der versäumten Angehung des Vaters oder Vormundes, eine Nichtigkeit des Verlöbnisses oder der Ehe ein. Daher heißt es denn auch von der Verlobung der Schwester Otto III., Mathilde, mit dem Pfalzgrafen Ezo: „fratre iubente, matre volente eam sponsam factam“[22]).

§. 7.

Anders verhält sich freilich die Sache nach dem westgothischen und burgundischen Rechte[23]), indem hier theils der Mutter nach dem Tode des Vaters gradezu eine potestas über die Kinder beigelegt, theils nach dem westgothischen Gesetze in solchem Falle ihre Zustimmung zu deren Verlöbnissen bestimmt erfordert wird. Allein, was hiebei zuvörderst den Ausdruck potestas anbetrifft, so ist dieser sicher nicht im römischen technischen Sinne zu verstehen, sondern, wie er so auch in andern Volksrechten gebraucht

---

pertinuerit, pro anagriph sol 20, et propter faidam alios 20, et mundium eius qualiter steterit faciat....“ Vgl. auch die zweite, oben Not. 3. aus Lindenbrog angeführte Formel, u. d. lüb. R. v. J. 1240 Art. 225. coll. Art. 10. (de Westphalen mon. ined. Tom. 3. col. 666. u. 640), und im Cod. Brok. I, 10; II, 31; III, 71. Vgl. Kolderup-Rosenwinge a. a. O. §. 17.

22) Monachus Brunwilerensis ap. Leibniz scriptor. rer. Brunsvic. Tom. 1, p. 815.

23) S. d. Stellen oben Not. 2 u. 3.

Digitized by Google

wird[24]), für identisch mit mundium zu nehmen; denn in anderen Stellen jener beiden Volksrechte wird gedachter Maaßen das erwähnte Recht der Mutter mit diesem Worte bezeichnet. Daß aber derselben in diesen Gesetzen nicht bloß, wie Eichhorn behauptet[25]), die Verwaltung des Vermögens zugewiesen, sondern eine wahre Vormundschaft übertragen sei, scheint nach der Fassung der Verordnungen keinem Bedenken zu unterliegen. Allein es läßt sich ebenfalls nachweisen, daß das Abweichende in diesen Rechten, in welchen überhaupt das germanische System durch fremdartige Zusätze bereits bedeutend modificirt worden ist, aus dem römischen Rechte entlehnt wurde. Was zuvörderst das burgundische Gesetz anbetrifft, so geben der sonst ungewöhnliche Ausdruck tutela, und der Umstand, daß es auf den Willen der Mutter gestellt ist, ob sie die Vormundschaft übernehmen will oder nicht, genugsam zu erkennen, nicht nur, daß das Ganze aus dem römischen Rechte herüber genommen, sondern auch, daß hier bloß von unmündigen Kindern die Rede ist. Auch ist diese mütterliche Vormundschaft mit dem Systeme des burgundischen Rechts sehr wohl verträglich, denn sehr viele Stellen desselben deuten darauf hin, daß die Witwe selbst mündig gewesen sey[26]).

§. 8.

Dieses Letztere gilt nun ebenfalls vom westgothischen Rechte, und geht aus diesem noch bestimmter hervor, daß die ganze Vorschrift aus dem römischen Rechte, sogar mit dessen näheren Bestimmungen entlehnt, und als etwas erst

[24]) z. B. l. Frision. tit. 9. §. 11. S. Not. 21.

[25]) In d. d. St. u. R. Gschte. B. 1. §. 56. Note a).

[26]) Z. B. l. Burgund. tit. 24, 44. §. 2.

Digitized by Google

neuerdings Eingeführtes angesehen worden ist. Denn, heißt es in der einen Stelle ausdrücklich, bisher habe man schon den Minderjährigen einen Pupillen genannt, der bloß seinen Vater verloren hatte, da aber auch die Mütter gut für ihre Kinder zu sorgen pflegten, so solle künftig nur der ein Pupill heißen, der vater- und mutterlos sei. Dann wird es ihr sogar zur Pflicht gemacht, bei der Uebernahme der Vormundschaft ein Inventarium zu verfertigen, und deuten dabei selbst die einzelnen Worte und Ausdrücke auf eine römische Quelle hin[27]). Wenn daher bei den Westgothen die Einwilligung der verwitweten Mutter zur Verheirathung ihres Kindes als nothwendig vorgeschrieben ist, so läßt sich hieraus auf eine der väterlichen ähnliche Gewalt derselben durchaus nicht schließen, sondern es muß das entweder als Folge der mütterlichen Vormundschaft, oder auch als eine Adoption der ferneren römischen Vorschrift angesehen werden, daß bei der Verheirathung der vaterlosen Töchter die Mutter concurriren soll[28]); ein Princip, woraus doch noch Niemand gefolgert hat, daß der Mutter bei den Römern nach dem Ableben des Vaters eine potestas über ihre Kinder zugestanden habe. Wenn daher auch in späteren Zeiten, und inconsequenter Weise selbst da, wo man die deutsche Geschlechtsvormundschaft beibehalten hat, der Grundsatz des römischen Rechts sehr allgemein aufgenommen worden ist, daß die Witwe unter den gesetzlichen Bedingungen des gemeinen Rechts zur Vormundschaft über ihre

---

[27]) l. 4. C. Th. de tutoribus et curator. creandis (3, 17); l. 2. C. I. quando mulier (3, 35). v. Savigny Geschichte d. röm. Rs. im Mittelalter B. 2. S. 74. Not. 89.

[28]) L. 1, 20. C. de nuptiis (5, 4).

Digitized by Google

Kinder zuzulassen sei[29]), und wenn sich ferner auch in den Particularrechten sehr häufig die Vorschrift findet, daß die Verlöbnisse der Kinder ohne Zustimmung beider Aeltern, und nach dem Ableben des Vaters ohne Zustimmung der Mutter nicht rechtsbeständig sein sollen[30]); so kann dieses

---

[29]) Der Sachsen- und Schwaben-Spiegel wissen aber hievon noch nichts. Vgl. Eichhorn d. St. u. R. Geschichte. B. 2. §. 353. Not. d. Später (und das nicht bloß in Deutschland; Kolderup-Rosenwinge a. a. O. §. 44, 46, 97.) ist diese Vormundschaft der Mutter so allgemein geworden, daß man sie fast in jedem Landrechte und Statute findet. Gewöhnlich muß sie sich dann auch gleich andern Vormündern förmlich anstellen und verpflichten lassen; (s. z. B. Statuten d. Markgrafschaft Baden v. J. 1511 Art. 10—22, 19, 22; und damit in diesem Stücke wörtlich übereinstimmend d. Statuten-Ordnungen d. Herrschaften Lore u. Mahlberg v. J. 1567 Art. 10—12, 21 u. 22; Landr. v. Baden-Baden v. J. 1588. Th. 4. Tit. 16. §. 1. Tit. 17. Eichhorn Einleit. in d. d. Pr. R. §. 319. a. E.); doch findet sich in einigen Particularrechten ein Gegensatz zwischen ihr und ordentlichen Vormündern, der darauf hinausgeht, daß sie bei dem Tode des Vaters ipso iure Vormünderin wird, und weder einen Vormündereid zu leisten, noch der Vormundschaft wegen ein Inventarium anzufertigen braucht, während anderen Vormündern dieses allerdings obliegt (s. z. B. d. fränk. Landger. Ordn. Th. 8. Tit. 4. §. 6; coll. Tit. 25. §. 5. Landr. v. Hohenlohe Th. 2. Tit. §. 1. coll. §. 4). Nach dem französischen Rechte ist dieses noch jetzt so (Code civ. art. 390); und in der frankfurtischen Praxis wird es so gehalten v. Adlerflycht loc. not. 11. cit. Th. 1. S. 116.

[30]) Eichhorn Einleit. in d. d. Pr. R. §. 313. nr. 2. S. z. B. Das Landr. von Baden und Hochberg Th. 3. Tit. 7. §. 3. u. 8; Tit. 8. §. 2, wo dieses ausdrücklich wegen der Ehrerbietung und des Gehorsams, die Kinder ihren Aeltern schuldig sind, angeordnet

Digitized by Google

doch durchaus nicht berechtigen, der Mutter eine wahre potestas, die doch jedenfalls nur während der Minderjährigkeit der Kinder eintreten, und mit einer etwaigen zweiten Verheirathung der Mutter aufhören würde, zuzuschreiben, da die Rechte der patria potestas wesentlich andere sind, als diejenigen, welche eine Vormundschaft ertheilt. — Noch weniger aber kann man sich darauf berufen, daß Fälle vorkommen, wo die Mutter ihr Kind rechtsbeständig ins Kloster gegeben hat, da, wenn dieses nur das zur Aufnahme erforderliche Alter besaß, es an dessen eigenem freien Willen genügte, und dann selbst der Widerspruch der Aeltern den Eintritt des Kindes ins Kloster nicht verhindern konnte[31]), und da, wenn auch früherhin die durch spätere Gesetze al-

ist. Haubold Lehrbuch d. königl. sächs. Privatrechts §. 57 u. 90. Frankf. Reform. Th. 3. Tit. 8. §. 9—11. Solms. Landordn. Th. 2. Tit. 19. §. 35. Frankfurt. Mandat v. 15ten Sept. 1733; u. v. 24sten Dec. 1772 (Beyerbach B. 3. S. 559 - 62, 570). Weishaar würtemberg. Privatr. B. 1. §. 100. Brem. Verordn. v. 21sten März 1750. (Sammlung verschied. Brem. Verordn. S. 417,8), Hamburg. Statut. Th. 2. T. 11. Art. 2. u. 4; edictum poenale v. 21sten Sept. 1676 (hint. d. folio-Ausg. d. hamb. Statut; v. J. 1771. Anhang S. 151—3). Lübische Statuten lib. 1. Tit. 4. Art 2 u. 4. Lübische Verordn. v. J. 1697. (hinter d. Ausgabe d. Statut., v. J. 1728. p. 124, 125). Rostock. Stadtr. Th. 1. Tit. 4. §. 4—10. Code civ. art. 148—160, 182, 183.

[31]) Vor dem Eintritt der Discretionsjahre können die Aeltern und Vormünder den Eintritt der Kinder ins Kloster verhindern, nachher nicht mehr. can. 1. pr. §. 1.; can. 2 pr. coll. can. 4. 6. 20. qu. 2. c. 2. X. de regular. (3, 31). Concil Trident. Sess. 25. cap. 15, 17. ibique declar. Cardinalium nr. 7.

Digitized by Google

lein für ungenügend erklärte devotio parentum ein Kind dem Klosterleben weihen konnte[32]), dieses sich genugsam aus den dabei eintretenden geistlichen Rücksichten erklärt, ohne daß man deshalb bei der Mutter eine potestas zu statuiren braucht.

§. 9.

Wenn nun aber erwähnter Maaßen die neueren Rechte die Mutter zur Vormundschaft über ihre unmündigen vaterlosen Kinder zulassen, so könnte demohngeachtet der Satz, daß beiden Aeltern dieselben Rechte über ihre Kinder zustehen, richtig sein, wenn es gegründet wäre, daß das römische Recht in der Lehre von der väterlichen Gewalt bei uns keine practische Gültigkeit erlangt, sondern in der Hinsicht sich unverfälscht die germanische Idee des väterlichen mundii erhalten hätte. Dieses ist aber keinesweges der Fall, sondern es findet sich vielmehr in den Landrechten und Sta-

---

[32]) Das vierte Concilium zu Toledo v. J. 633 hatte die oblatio parentum bei unmündigen Kindern, wo dieselbe allein gestattet war (can. 1. pr. §. 1.; can. 2. pr. C. 20. qu. 2.), für bindend und ausreichend erklärt (can. 3. C. 20. qu. 1. coll. c. 12. X. de regularibus, 3, 31.); allein durch spätere Gesetze wurde sehr bald festgesetzt, daß das Gelübde erst nach dem Eintritt der Discretionsjahre abgeleistet, und dann zuvor die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des begebenen Kindes, welchem bis dahin der freie Rücktritt gestattet war, hinzukommen sollte. can. 10. C. 20. qu. 1. c. 1, 11, 12, 14. X. de regular. (3, 31.) Sachs. Sp. B. 1. Art. 25, u. daselbst d. Glosse (b. Gärtner S. 72). Schwab. Sp. Kap. 271. Schles. Landr. B. 1. Kap. 13. (Böhme Th. 4. S. 14, 15). Magdeb. Recht v. J. 1261. §. 61. (Gaupp d. magdeb. R. S. 242). Lübisches R. im Cod. Brok. II, 66; III, 99. Boehmer J. E. P. Tom. 3. lib. 3. tit. 31. §. 81, 82.

Digitized by Google

tuten die väterliche Gewalt sehr häufig ganz bestimmt und ausdrücklich erwähnt, auch werden dabei die Folgen, welche das römische Recht daran knüpft, nicht selten speciell gedacht und beibehalten[53]); – und nur darin hat man allgemein die Vorschriften jenes Rechtes verlassen, daß man die väterliche Gewalt, wie das deutsche mundium, sich durch Verheirathung der Tochter oder durch einen abgesonderten Haushalt des Sohnes auflösen läßt. Dieses Letztere mag nun immerhin seinen Grund darin haben, daß man die väterliche Gewalt bei uns weniger privatrechtlich, als dieses bei den Römern geschah, angesehen hat, so ist man hiebei doch keineswegs so weit gegangen, sie auch in anderer Hinsicht einer bloßen Vormundschaft gleich zu stellen. Vielmehr treten, so lange die väterliche Gewalt besteht, auch bei uns noch wenigstens im Ganzen und einige particularrechtliche Modificationen abgerechnet, die eigenthümlichen Folgen derselben ein[54]); und es werden diese in den Particularrechten

---

[53]) Vgl. z. B. die Statuten d. Markgrafsch. Baden v. J. 1511. art. 10, 11. Landr. v. Baden-Baden v. J. 1588. Th. 2. Tit. 12. §. 4 — 7; Th. 3. Tit. 1. §. 4. Landr. von Baden u. Hochberg Th. 3. Tit. 7. §. 8; Th. 5. Tit. 3. §. 4. Freyburg. Statut. v. J. 1520. Tract. 2. Tit. 9. §. 3 — 7; Tract. 3. Tit. 1. §. 9; Tit. 3. §. 16 — 18, 24; Tit. 5. §. 5. (Fol. 44, 45; 47, 48; 58 — 60; 65). Würtemberg. Landr. Th. 2. Tit. 18. §. Es mögen; Tit. 28. §. Wir wollen; Th. 3. Tit. 23. fränk. Landger. Ordn. Th. 3. Tit. 8. §. 6. Cod. Bavar. civ. a. 1756. Th. 1. Kap. 5. §. 1 — 7; coll. Th. 3. Kap. 3. §. 20. Haubold königl. sächs. Privatr. §. 87.

[54]) Runde d. Privatr. §. 614 — 620. Eichhorn Einl. in d. d. Privatr. §. 318, 4. Mittermaier Grundsätze d. d. Pr. Rechts §. 315 — 20; 324, 5.

nicht selten im ausdrücklichen Gegensatze der geringeren oder bloß vormundschaftlichen Rechte der Mutter hervorgehoben; wie sich das am passendsten bei der Darstellung des frankfurtischen Rechts an einzelnen Beispielen zeigen lassen wird. Es läßt sich also gewiß nicht als allgemeiner Grundsatz aufstellen, daß der Mutter nach heutigem Rechte eine Gewalt gleich der väterlichen zustehe; sondern es muß dieses immer als eine Ausnahme von der Regel angesehen werden. Daraus ergeben sich aber die beiden Interpretationsregeln, daß man eine solche Gewalt der Mutter nach einem Particularrechte nicht anders annehmen darf, als wenn sie sich dort klar und bestimmt angeordnet findet[35]), und daß man von einzelnen Rechten der väterlichen Gewalt, die etwa in einem Statute der Mutter beigelegt worden sind, nicht darauf schließen darf, daß ihr diese Gewalt in ihrem ganzen Umfange zukomme.

---

[35]) Daß es solche Statute giebt, läßt sich nach dem, was darüber oben Not. 6. angeführt wurde, nicht in Abrede stellen; obwohl namentlich in den Statuten v. Eisenach an einer andern Stelle (Th. 2. Art. 1. Francken l. c. S. 206) die überlebende Mutter nur als Vormünderin genannt wird, aber dann findet sich mehrentheils auch der juristische Begriff der väterlichen Gewalt so gut wie ganz verlassen, und in den des Rechts der Erziehung, Züchtigung und Vermögensverwaltung verwandelt. So macht es namentlich auch der Code civ. art. 371 — 387, 397 — 401, der zugleich, um das droit coutumier recht mit dem droit écrit zu amalgamiren, daneben noch eine älterliche Vormundschaft annimt (art. 389 — 396), die sich aber erst nach dem Tode des einen Ehegatten, und dann nur bei der Vermögensverwaltung wirksam erweist, während die übrigen Rechte des überlebenden parens Ausflüsse der puissance paternelle bleiben.

Digitized by Google

§. 10.

Wenden wir uns nunmehr zu dem besonderen frankfurtischen Rechte, so widerlegt sich die oben erwähnte Behauptung, daß dort der Mutter als solcher nach dem Ableben des Vaters eine potestas über die noch in ihrem Hause befindlichen und von ihrem Brode lebenden Kinder zustehe, durch die klare Vorschrift jenes Rechtes selbst. Dieses hat nämlich die väterliche Gewalt gradezu aus dem römischen Rechte entlehnt, denselben Begriff davon, wie dieses, aufgestellt, sie ausdrücklich für ein Vorrecht des Vaters und der väterlichen Ahnherren, welches der Mutter und den Ahnfrauen nicht zukomme, erklärt, und daraus namentlich die Folge abgeleitet, daß nur der Vater dem Hauskinde im Testamente Vormünder, welche der gerichtlichen Confirmation nicht bedürfen, ernennen könne. Nur, was die Aufhebung dieser Gewalt anbetrifft, hat es der veralteten Emancipation, die Verheirathung und Absonderung der Kinder substituirt[56]). Auch nach dem Tode des Vaters erhält die Mutter eine solche Gewalt nicht, denn in diesem Falle wird ihr nur über die unmündigen Kinder, nach Maaßgabe des gemeinen Rechts, eine Vormundschaft deferirt[57]), und

[56]) Frankf. Reform. Th. 2. Tit. 1. §. 4, 7, 8 u. 9; Th. 7. Tit. 1. §. 3. Ueber d. Recht des Vaters, dem Kinde Vormünder zu ernennen, vgl. das lüb. R. v. 1235. Art. 36 u. 84. (DE WESTPHALEN monum. ined. Tom. 3. col. 624 u. 629); v. 1240, Art. 22, 76, 185. (ibid. col. 642, 648, u. 661), u. Cod. BROK. I, 23, 77, 182; II, 5. u. 8; III, 41. Richtsteig Landr. lib. 2. cap. 2. (SENCKENBERG corp. iur Germ. Tom. 1. pag. 203, 4.)

[57]) Frankf. Reform. Th. 7. Tit. 2. §. 3—5; vgl. mit d. alt. Reform. fol. 32. §. 6.

Digitized by Google

ausdrücklich auf den Gegensatz dieser Vormundschaft und der dem Vater zustehenden Gewalt aufmerksam gemacht[58]). Daß nun aber die Mutter über großjährige unabgetheilte Kinder auch nur eine Vormundschaft haben solle, ist in dem frankfurtischen Rechte mit keiner Sylbe angedeutet, und würde auch gar nicht zu demselben passen, weil es in seinen vormundschaftlichen Bestimmungen ganz dem gemeinen Rechte gefolgt ist. Was ferner das Recht des Beisitzes an den Gütern der Kinder betrifft, so ist bereits oben bemerkt, daß hieraus überhaupt eine Gewalt der Mutter nicht abgeleitet werden könne, und am wenigsten kann dieses nach der frankfurtischen Reformation geschehen, da nach der ganzen Fassung derselben jener Beisitz sich nur als ein Theil des ehelichen Erbrechts ankündigt, und außerdem hiebei die Rechte der Mutter, soweit kein älterliches Erbgut der Kinder in Frage steht, geringer sind als die des Vaters[59]).

§. 11.

Eben so unerheblich ist das aus dem Rechte der Mutter zur Pupillarsubstitution entlehnte Argument. Das er-

[58]) Frankf. Reform. a. a. O. §. 6. u. 8. Nachdem im §. 6. verordnet ist, daß die Mutter bei Eingehung einer zweiten Ehe die Vormundschaft abgeben soll, heißt es dagegen im §. 8: „Doch hat es mit dem Vatter ein andere Meinung. Dann er bleib gleich nach tödtlichem Abgang seiner Hausfrauwen, Witwer, oder begebe sich widerumb in die zweite Ehe: so bleibt er doch gleichwol seiner ehelichen Kindere, und deren Güter, rechter Vormünder, und Administrator, in Krafft seines vätterlichen Gewalts." Auf ähnliche Weise wird dieser Gegensatz herausgehoben in den Statuten von Baden (s. oben Not. 29) und in d. Landr. v. Baden-Baden. Th. 4. Tit. 16. §. 1; Tit. 17.

[59]) S. oben Not. 9.

giebt der Inhalt der Vorschrift in der Reformation selbst ganz klar. Es heißt dort:

„Die Mutter aber und andere, in aufsteigender ihrer Linien, weiblichs Geschlechts, haben solche Freiheit nicht, dermassen pupillariter ihren Kindern zu substituiren, nach Ausweisung der keyserlichen Recht. Nicht desto weniger, wöllen Wir auß Miltigkeit denselben zugelassen haben, auch pupillariter zu substituiren, doch allein in demjenigen, so sie ihnen verschaffen, und nicht weiter...."

Und ganz auf gleiche Weise drücken sich auch die anderen Rechte, in denen sich jene Befugniß der Mutter zur Pupillarsubstitution vorgeschrieben findet, aus. Auch beschränken sie dieselbe durchweg auf das eigene Vermögen der Mutter, welches dieselbe ihren unmündigen Kindern im letzten Willen hinterläßt, und lassen auch wohl, wie namentlich bei dem würtembergischen Landrechte der Fall ist, eine solche Disposition der Mutter nur dann zu, wenn sie nicht mit einer Pupillar-Substitution des Vaters oder des väterlichen Ascendenten collidirt[40]). Dieses Recht wird mithin in den Statuten und Landrechten selbst nicht als ein Ausfluß aus den allgemeinen Befugnissen der Mutter, sondern auf ähnliche Weise wie im geminen Rechte die s. g. substitutio quasi pupillaris [41]), als etwas Singuläres, was ihr lediglich aus Billigkeit verliehen worden sei, behandelt; und steht hiebei noch insonderheit die Ausdehnung jenes Rechtes auf die mütterlichen Ascendenten, so wie die Beschränkung desselben auf das von diesen Testierern herstam-

[40]) S. oben Not. 7, 8.

[41]) L. 9. C. de impuberum et al. substitut (6. 26).

mende Vermögen der Annahme einer mütterlichen Gewalt entgegen.

§. 12.

Was nun aber die exceptio SCti Macedoniani anbetrifft, so wird hiebei freilich an einer Stelle der frankfurtischen Gesetze von Kindern, die in der Gewalt ihrer Eltern stehen, geredet[42]); dagegen aber heißt es in einer andern Stelle der Reformation ausdrücklich, daß wenn filiifamilias, d. h. solche, die in patria potestate das ist, ihres noch lebenden Vaters oder väterlichen Ahnherrn Gewalt stehen, Geld aufborgen und entlehnen, dieselben zwar wohl von Rechts wegen obligirt werden; dagegen aber doch sie selbst, desgleichen ihre Väter und väterlichen Ahnherrn, in deren Gewalt sie noch sind, der exceptio SCti Macedoniani, wenn die gemachte Schuld an sie erfordert würde, sich zu behelfen haben und solches entliehene Geld zu bezahlen nicht schuldig sein sollen[43]). Wollte man nun in Gemäßheit der erstgedachten Stelle der Reformation Kindern, bei den von ihnen contrahirten Geldanleihen, bloß deshalb die exceptio SCti Macedoniani einräumen, weil sie nach dem Ableben des Vaters im Hause und Brode der Mutter geblieben sind, so würde dadurch ein wahrer Widerspruch mit der zweiten Stelle herbeigeführt werden, welche jene Einrede nur den eigentlichen filiisfamilias ertheilt. Auch würde dieses um so auffallender erscheinen, da in dem ersterwähnten Paragraphen der Reformation die Vorschrift sich ausdrücklich als eine aus dem gemeinen Rechte entlehnte ankündigt, da hiebei die Verordnung desselben gerade so

[42]) S. oben Not. 10.

[43]) Frankf. Reform. Th. 2. Tit. 1. §. 4.

Digitized by Google

angeführt wird, als verbiete es die Darlehen an Hausſöhne oder Kinder in der Gewalt ihrer Aeltern, und da die Reformation hiebei ihre Vorſchrift nur für eine Wiederholung der des gemeinen Rechts erklärt. Iſt daher irgend eine vereinigende Erklärung der beiden Stellen möglich, ſo muß ſie zur Vermeidung der Annahme von Widerſprüchen gewählt, und in ſofern etwa mehrere Vereinigungen ſtatthaft ſein ſollten, derjenigen der Vorzug gegeben werden, welche ſich dem gemeinen Rechte, als der Quelle des Geſetzes am mehrſten anſchließt.

§. 13.

Sieht man nun, daß die Reformation in Th. 2. Tit. 11. §. 12. die Vorſchrift des römiſchen Rechts[44]) zum Theil wörtlich wiedergiebt, und daß in dem römiſchen Geſetze der Ausdruck „parens" vorkommt, ſo möchte man geneigt ſein, das in der angeführten Stelle der Reformation vorkommende Wort „Aeltern" bloß für eine Ueberſetzung des lateiniſchen „parentes" zu halten, und daher in derſelben Bedeutung zu verſtehen, eine Erklärung, die dadurch noch an Gewicht gewinnt, daß auch in andern Stellen der Reformation, und namentlich in einer zweiten, die ebenfalls aus dem römiſchen Rechte entlehnt iſt, und wo dort „parentes" genannt werden, der Ausdruck „Aeltern" in demſelben Sinne von Vater und väterlichem Großvater gebraucht wird[45]). Es bleibt aber auch noch eine andere, und wohl die richtigere Erklärung übrig, wonach man in jener Stelle unter dem Ausdrucke „Aeltern" die Mutter mit verſtehen kann, ohne daß dadurch

[44]) l. 1. pr. D. ad S. C. Macedon. (14, 6).

[45]) Frankf. Reform. Th. 5. Tit. 8. §. 11; Th. 7. Tit. 1. §. 3.; coll. §. 3. J. de tutelis (1,13).

Digitized by Google

ein Widerspruch mit der andern Stelle der Reformation entsteht. Das frankfurtische Recht weicht nämlich: wie auch mehrere andere deutsche Particularrechte[45]), darin vom gemeinen Rechte ab, daß es das SCtum Macedonianum auch in dem Falle eintreten läßt, wenn der Anleiher des Geldes unter Vormundschaft steht[47]). Nun redet auch dieses Recht von einer Gewalt der Vormünder, so daß bei dem Worte „Gewalt" an eine potestas im technischen Sinne des römischen Rechts nicht gedacht werden kann, und wenn daher die Mutter die Vormundschaft über ihr Kind verwaltet, so steht dasselbe in ihrer Gewalt[48]). Damit ist nun aber

---

[46]) Vgl. z. B. die Statuten von Cöln v. J. 1437. Art. 73. pag. 69. u. 70. Landr. v. Baden u. Hochberg. Th. 4. Tit. 30. Churpfälz. Landr. Th. 2. Tit. 27. Satzungen d. Stadtger. zu Zürch Th. 5. §. 49. (in d. Samml. d. Zürcher Ges. B. 1. S. 79, 80). Statut. v. Mühlhausen. B. 3. Art. 54. §. 1. — Andere Particularrechte beschränken aber das SCtum Macedonianum, wie das römische Recht, auf eigentliche filiifamilias, z. B. d. freyburg. Statuten v. J. 1520. Tract. 2. Tit. 9. §. 3. u. 4. fol. 44. a. E., 45. Würtemberg. Landr. Th. 2. Tit. 28.

[47]) Freilich ist der practische Nutzen, welchen diese Vorschrift den Bevormundeten gewährt, nicht klar; da zufolge der Reformat. Th. 2. Tit. 1. §. 2. u. 3. alle Verträge, welche mit minderjährigen Personen ohne Zustimmung ihrer Vormünder und Curatoren geschlossen werden, ganz unverbindlich sind, es also einer exceptio SCti. Macedoniani gar nicht bedarf, um den bevormundeten Minderjährigen, welcher ein Darlehn empfangen hatte, sicher zu stellen; allein das gehört nicht weiter hieher, da das Gesetz einmal besteht.

[48]) Im uneigentlichen Sinne legt aber schon das römische Recht dem Vormunde eine potestas bei, indem es den Begriff der Vormundschaft darin setzt, quod sit vis ac potestas in capite

Digitized by Google

nicht gesagt, daß jedes, oder auch nur jedes unabgetheilte Kind, in der Gewalt seiner Mutter stehe; denn das Gesetz spricht keineswegs von den Voraussetzungen, unter welchen diese Gewalt eintritt, sondern sagt bloß, daß, wenn sie vorhanden ist, das SCtum Macedonianum eintreten soll; und ist es nach dieser Erklärung nur auf die Fälle zu beziehen, wo der Mutter die vormundschaftliche Gewalt über ihre unmündigen Kinder zusteht. Auf gleiche Weise beseitigt sich denn auch die noch aus der Judenstätigkeit angeführte Stelle, die ohnehin des SCti Macedoniani gar nicht ausdrücklich erwähnt, und insofern hier gar nicht einmal direct einschlägt. — Deshalb trug denn auch das Ober-Appellationsgericht kein Bedenken, in seinem Erkenntnisse vom 7ten Febr. 1824. die Urtheile der früheren Instanzen, welche die in der oben §. 3. erwähnten Rechtssache vorgeschützte exceptio SCti Macedoniani schlechthin verworfen hatten, lediglich zu bestätigen.

§. 14.

Wenn nun aber auch insoweit von einer eigentlichen

libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit" (§. 1. J. de tutelis 1, 13). Aus dem Ausdrucke potestas, der im Latein des Mittelalters auch für Vormundschaft und Erziehungsgewalt vorkommt (s. oben Not. 2. u. 21.), ist daher eben so wenig, als aus dem in den Statuten nicht selten gebrauchten Ausdrücken „älterliche oder mütterliche Gewalt" allein ein Schluß auf eine der Mutter eingeräumte wahre potestas zu ziehen; und das um so weniger, da sich außer den frankfurtischen auch noch manche andere Particularrechte finden, die sich solcher Ausdrücke bedienen, und gleichwohl ganz entschieden nur dem Vater und den väterlichen Ahnherrn eine potestas einräumen. Vgl. z. B. das Landr. v. Baden u. Hochberg Th. 3. Tit. 7. §. 3. u. 8. mit Th. 5. Tit. 3. §. 4.

Digitized by Google

Gewalt der Mutter, im Gegensatze bloßer vormundschaftlicher Rechte derselben, in der frankfurtischen Gesetzgebung nichts anzutreffen ist; so scheint es doch, als müße man einräumen, daß auf die, ebenfalls schon oben erwähnte, Verordnung vom Jahre 1776 [49]) die doctrinelle, namentlich auch von Orth vertheidigte Ansicht einer, nach deutschem Rechte der Mutter zustehenden Gewalt Einfluß gewonnen habe, und daß die ihr in jener Verordnung vor andern Vormündern gleich dem Vater ertheilte Begünstigung zum Theil wenigstens in der erwähnten Ansicht ihren Grund habe. Von weiterem practischen Einflusse, außer der Anwendung, welche diese Verordnung von jener Ansicht selbst gemacht hat, ist das aber nicht; denn es läßt sich unmöglich annehmen, daß durch eine solche beiläufige Erwähnung einer mütterlichen Gewalt, der Mutter im Allgemeinen eine potestas, welche ihr das übrige frankfurtische Recht nicht beilegt, habe ertheilt werden sollen; und muß es vielmehr in der Hinsicht nach wie vor bei den oben entwickelten Grundsätzen bleiben.

[49]) S. oben §. 3.

XVII.

Einige Bemerkungen über die Caution für die Gerichtskosten.

§. 1.

Es ist jetzt eine, durch das römische Recht veranlaßte, durch dasselbe aber in der Maaße keineswegs begründete Vorschrift unserer Particularrechte oder doch des Gerichtsgebrauches, daß der an dem Orte, wo der Rechtsstreit geführt wird, mit Immobilien nicht angesessene Kläger dem Beklagten eine Caution für die Kosten bestellen muß [1]).

Ueber das Allgemeine dieser Verpflichtung ist man einverstanden, im Einzelnen finden aber dabei manche Streitfragen statt. Zwei derselben, über welche das Oberappellationsgericht bereits bestimmte Entscheidungen abgegeben hat, nämlich ob der zur Klage Provocirte, und ob der Namens einer Concursmasse klagende Güterpfleger zur Bestellung einer solchen Caution angehalten werden könne, sollen in dieser Abhandlung näher erörtert werden.

§. 2.

Ueber die Frage zuvörderst, ob, wenn Jemand durch ergangene Edictalladungen oder durch eine specielle Provocation zur Anstellung einer Klage genöthigt worden ist, ihm die Bestellung einer Caution für die Gerichtskosten angesonnen werden könne, sind die Meinungen sehr getheilt.

---

[1]) Nov. 112. cap. 2. ibique Cuiac. in exposit. Nov. 96 et 112. in fin. Lauterbach colleg. lib. 2. tit. 8. §. 22, 23.

Digitized by Google

Viele sprechen ihn von dieser Verbindlichkeit frei [2]); Andere dagegen lassen sie bei ihm wie bei jedem andern Kläger eintreten [3]). Von einer allgemein angenommenen Meinung oder von einem entschiedenen Gerichtsgebrauche für oder wider die Nothwendigkeit dieser Cautionsbestellung von Seiten des Provocaten kann mithin nicht die Rede seyn; sondern es muß auf eine Prüfung der für die eine und für die andere Meinung sprechenden Gründe eingegangen werden. Dafür, den Provocaten von dieser Caution zu befreien, läßt es sich geltend machen, daß er durch die vom Richter anberaumte Präclusivfrist genöthigt wird, gerade jetzt mit seiner Klage hervorzutreten, und daß der Extrahent des Proclams oder der Provocant mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen scheint, wenn er auf der einen Seite seinen Gegner zur Anstellung der Klage nöthigen will, auf der andern aber ihm solches durch die Vor-

---

[2]) Barth hodeg. forens. cap. 1. §. 15. not. 6. Richter decisiones, Tom. 2. dec. 100. nr. 68. Claproth summar. Proz. §. 277. Danz summar. Proz. §. 184. d. neuesten Ausg. Glück Commentar der Pandekten B. 3. §. 245. Haase über Edictallabungen S. 191.

[3]) Hartm. Pistoris quaest. iur. lib. 4. qu. 15. nr. 6. Carpzov in defin. for. P. 1. cap. 5. def. 28. coll. cap. 4. def. 10. in fin., et in processu tit. 20. art. 3. nr. 10. Mevius in decis. P. 8. dec 234. Brunnemann process. cap. 8. nr. 3. Lauterbach D. de remedio l. si contendat §. 73. nr. 3. (Dissert. Academ. Tom. 2. nr. 84.). Berger electa processus provocat. §. 25. Ludovici Einleit. in den Civilproz. Kap. 5. §. 22. v. Brokes select. obs. for. obs. 564. de Winckler, opuscula minora, Tom. 2. P. 2. pag. 32. Martin Lehrbuch d. bürgerl. Proz. §. 245. Not. e. Süptitz Lehrb. d. summar. Proz. §. 12. nr. 1. u. Not. 4.

Digitized by Google

schützung dilatorischer Einreden, namentlich der einer vorher für die Kosten zu bestellenden Sicherheit, zu erschweren sucht. Letzteres möchte um so unzulässiger erscheinen, da, während sonst die Nichterledigung dilatorischer Einreden nur zu einer einstweiligen Zurückweisung der Klage führt, jetzt die angeordnete Präclusivfrist es bewirkt, daß die Abweisung angebrachter Maaßen sich in eine definitive Abweisung verwandelt, indem, wenn einmal nach Ablauf jenes Termins die Präclusion erkannt ist, nunmehr eine neue verbesserte oder von den früheren Hindernissen befreiete Klage nicht weiter zugelassen werden kann.

§. 3.

Die überwiegenden Gründe sprechen aber doch für die gegentheilige Meinung, wonach auch der Provocant zur Bestellung der mehrgedachten Caution verpflichtet ist. Denn die Regel steht fest, daß der mit Immobilien nicht angesessene Kläger auf Verlangen des Beklagten eine Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten hat. Ausnahmen von dieser Regel können aber, insofern dafür keine besondere gesetzliche Vorschriften existiren, nur dann gestattet werden, wenn die Verhältnisse von der Art sind, daß Absicht und Zweck der Regel hier gänzlich wegfallen. Das ist aber bei ergangenen Edictalladungen oder Provocationen durchaus nicht der Fall. Denn die Regel hat ihren Grund offenbar darin, daß der Beklagte für den Fall eines völligen Obsieges und einer Verurtheilung des Klägers zum Kostenersatz, nicht der Gefahr ausgesetzt seyn soll, derselben zu entbehren, oder doch dieserwegen in große Weitläuftigkeiten verwickelt zu werden. Dieser Gefahr ist aber ein Beklagter nicht weniger ausgesetzt, wenn er in Folge einer von ihm ausgewirkten Edictalladung oder Provocation be-

Digitized by Google

langt wird, als bei jeder anderen freiwillig wider ihn erhobenen Klage. Der Unterschied beider Fälle besteht im Wesentlichen nur darin, daß der Kläger, welcher provocirt wird, rücksichtlich der Zeit, in welcher er seine Klage anzustellen hat, beschränkt wird, während er sonst den ganzen Lauf der Verjährungszeit dazu benutzen dürfte. Diese Beschränkung kann nun allerdings für den Provocaten sehr lästig werden, indem er jetzt gerade gar nicht zur Anstellung der Klage gerüstet ist, z. B. die erforderlichen Beweismittel nicht zur Hand hat; und diese Rücksicht muß dahin führen, keine Edictalladungen zu erkennen und auf keine Provocationen einzugehen, wenn der Extrahent des Proclams oder der Provocant dafür keine ausreichenden rechtmäßigen Gründe geltend zu machen im Stande ist. Sind aber solche vorhanden, so darf nun auch die Begünstigung der Provocation nicht von dem Gegner dazu benutzt werden, um den Provocanten in eine nachtheiligere Lage, als andere Beklagte zu bringen; und am wenigsten könnte das bei einer provocatio ex leg. diffamari gestattet werden, da hier der Kläger sich die Provocation durch seine eigene Diffamation zugezogen hat. So wenig, als daher jener Umstand den Provocanten, wenn er demnächst belangt wird, nöthigt, von den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Vertheidigungsmitteln das Eine oder das Andere unbenutzt zu lassen, eben so wenig ist ein ausreichender Grund dafür vorhanden, ihn zur Aufgabe seines ihm als Beklagten zustehenden Rechtes, eine Caution für die Kosten zu verlangen, zu verpflichten.

§. 4.

Daran kann denn auch der Umstand nichts ändern, daß wegen des angesetzten präclusivischen Termins die Ent-

Digitized by Google

bindung von der Instanz, wie sie wegen nicht bestellter Sicherheit für die Kosten erfolgen würde, zur definitiven Abweisung der Klage führt. Denn dieses ist lediglich die Folge der anberaumten Präclusivfrist, keineswegs aber die directe und unmittelbare Folge der unterlassenen Cautionsbestellung, worauf eben so wohl, als wenn der provocirte Kläger einen inepten Libell übergeben hätte, oder ihm sonst dilatorische Einreden entgegen ständen, nur eine Entbindung des Beklagten von der Instanz erkannt wird. Wenn nun der Kläger demnächst mit einer neuen Klage nicht weiter gehört wird, so liegt das lediglich in der präclusivischen Kraft des anberaumten Termins, und müssen demnach allerdings Gründe zur Anberaumung eines solchen vorhanden gewesen seyn. Ist aber dieses der Fall, so bringt auch die Consequenz jene Folge mit sich, und es ist keineswegs erforderlich, daß zur Vermeidung derselben der Beklagte genöthigt werde, von einem Theile seiner Vertheidigungsmittel und Rechte gegen den Kläger keinen Gebrauch zu machen. Sollten aber etwa in einzelnen Fällen die Umstände einen gänzlichen Verlust des Klagerechts wegen Nichterledigung einer vom Beklagten vorgeschützten dilatorischen Einrede als zu hart erscheinen lassen, so würde dieses vielmehr dadurch zu mildern seyn, daß der Richter die peremptorische Kraft der anberaumten Präclusivfrist nicht sofort zur Wirksamkeit gelangen ließe, sondern dem Kläger annoch eine neue Frist zur besseren Anbringung seiner Klage oder zur Beseitigung der derselben in den Weg gelegten rechtlichen Hindernisse bewilligte. Gerade in Betreff einer vorgeschützten Einrede des fehlenden Vorstandes für die Kosten werden aber hiezu nur selten die Verhältnisse geeignet seyn, da, wenn es einem Kläger nicht möglich ist, sie überhaupt

Digitized by Google

oder auch nur für den Augenblick realiter zu bestellen, man sich auch mit einer juratorischen Caution begnügt. Als daher die Kuhlmannschen Erben in Lübeck ein Proclam extrahirt, und von dem hierauf mit einer Klage hervortretenden Güterpfleger des H. Billeschen Debitwesens in Stockholm vorab die Bestellung einer Caution für die Kosten verlangt hatten, wozu derselbe als Provocat nicht schuldig zu seyn vermeinte, so erklärte das Oberappellationsgericht in seinem Erkenntnisse vom 4ten Januar 1826 denselben hiezu allerdings für verpflichtet *).

*) Zwar war für die Befreiung des Klägers von jener Caution auch noch auf einen lübischen Gerichtsgebrauch Bezug genommen, wonach der provocatus ad agendum zur Bestellung derselben nicht verpflichtet geachtet werde; es konnte aber für diese Behauptung nur ein Präjudicat beigebracht werden, und dieses wurde durch ein anderes entgegenstehendes aufgewogen. — In dieser Sache kam zugleich die Summe der zu bestellenden Caution in Frage, welche der Kläger eventualiter nur auf 10 Thlr. bestellen wollte, weil, wenn ein Kläger diese Summe nur sofort bei Anstellung der Klage deponirt oder verbürgt, man in Lübeck nach einem entschiedenen Gerichtsgebrauche, den Beklagten mit der dilatorischen exceptio cautionis pro expensis nicht weiter hört, sondern ihn ohne Weiteres zur hauptsächlichen Einlassung anhält. Es erkannte aber das O. A. Gericht auf eine Caution von 50 Thlr., indem es davon ausging, daß jener Gerichtsgebrauch zwar wohl für gewöhnliche Fälle zur Anwendung komme, und daß man so der exceptio cautionis pro expensis die ihr sonst in Lübeck zukommende Wirkung einer prozeßhindernden Einrede benehmen könne, daß er aber das richterliche arbitrium bei Bestimmung der Cautionssumme nicht ausschließe, zumal dann nicht, wenn eine förmliche Verhandlung über diesen Punkt statt gefunden habe; und daß vielmehr in einem Falle der Art der Zweck der Caution es erheische,

Digitized by Google

§. 5.

Die zweite oben aufgeworfene Frage, ob ein Concurscurator als Kläger zur Bestellung einer Caution für die Kosten verpflichtet sei, findet sich bei weitem seltener berührt, doch giebt es auch hier Autoritäten für die eine und für die andere Meinung [5]). Der Gerichtsgebrauch bringt in mehreren Ländern, z. B. in Sachsen und Holstein, die Befreiung des Güterpflegers von dieser Caution mit sich. Wo aber eine solche Praxis nicht besteht, und allgemein ist dieselbe durchaus nicht, da fehlt es für solche Befreiung an genügenden Gründen. Zwar läßt sich nicht mit Leyser annehmen, daß die Verpflichtung des Güterpflegers zur Bestellung dieser Caution durch ein klares Gesetz entschieden sei [6]), denn die hiefür von ihm angezogene Stelle redet von der cautio iudicatum solvi und ratam rem haberi, und verordnet, daß, wenn ein Güterpfleger durch einen Procurator eine Klage anstellen oder sich gegen eine wider ihn erhobene Klage vertheidigen läßt, jene Cautionen, aus von selbst einleuchtenden Gründen, in seinem, nicht im Namen des Cridars bestellt werden sollen. Diese Vorschrift gehört also gar nicht hieher. Allein die Rechtsregel ist dafür, daß jeder mit Immobilien nicht angesessene Kläger Sicherheit

für dieselbe eine solche Summe zu bestimmen, welche dem muthmaßlichen Kostenbetrage gleich komme.

[5]) Für die Befreiung desselben von der Caution erklärt sich de Winckler in opuscul. minor. Tom. 2. P. 2. annot. 4. pag. 32—35; für seine Verpflichtung hiezu Estor in den Anfangsgründen d. gem. Reichsproz. §. 2156 lit. i., obwohl ohne dafür irgend Gründe beizubringen; und Leyser in medit. ad Pand. Vol. 7. spec. 491. med. 8. u. 9.

[6]) l. 2. §. 1. D. de curator. bonis dando (42, 7.).

Digitized by Google

für die Kosten bestellen muß, und sonach ist auch der Concurscurator dazu verpflichtet, in sofern keine gehörigen Gründe, ihn davon zu befreien, nachgewiesen werden können. Dieses ist aber nicht der Fall. Denn, wenn man sich darauf berufen wollte, daß der Güterpfleger vom Richter angestellt und beeidigt sey, mithin sich von ihm einentheils nicht erwarten lasse, daß er durch frivole Prozeßführung sich in die Lage bringen werde, zum Kostenersatz verurtheilt zu werden[7]), und anderntheils anzunehmen sey, daß er auf die Sicherheit des Gegners für Kostenersatz die erforderliche Rücksicht nehmen werde; so ist zwar wohl einmal die Behauptung aufgestellt, daß wer vi officii handle von der mehrgedachten Caution frei sei [8]), allein für begründet kann dieselbe durchaus nicht geachtet werden. Denn daß ein Güterpfleger nicht in die Kosten verurtheilt werde, widerstreitet der täglichen Erfahrung, und wenn er auch als Beklagter viel eher Entschuldigung für die Verfechtung einer schlechten Sache finden, und dann auch deshalb, weil er in fremde Rechtsverhältnisse eingetreten ist, der Verurtheilung zum Kostenersatz entgehen kann, wo diese den Cridar selbst getroffen haben würde, so kann ihm doch, wenn er für die Masse als Kläger auftritt, eine gleiche Nachsicht nicht angedeihen, weil er sich dann zuvor gehörig um die Verhältnisse der Sache hätte erkundigen müssen [9]). Noch weniger aber stellt die Eigenschaft des Concurscurators als solchen den Beklagten wegen der Kosten sicher; denn derselbe hat gegen ihn nicht mehr Pflichten, als jeder

---

[7]) Schweppe System des Concurses, §. 127. a. E. d. 2ten Aufl.

[8]) Hopacker principia iuris Tom. 3. §. 4403 lit. B.

[9]) arg. l. 42. D. de R. I. (50, 17.).

Digitized by Google

andere im eigenen oder im fremden Interesse auftretende Kläger wider seinen Gegner. Wollte man die öffentliche Anstellung und Verpflichtung für einen Befreiungsgrund von der Prozeßcaution gelten lassen, so müßten ja auch alle Vormünder und Curatoren davon losgezählt werden, was zu behaupten doch Niemandem einfällt.

§. 6.

Erheblicher scheint das Argument, daß eine Concursmasse, die unter öffentlicher Auctorität administrirt wird, und deren Vertheilung an die Gläubiger nicht ohne Zustimmung des Concursrichters erfolgen kann, dem Gegner eine so genügende Sicherheit darbiete, daß er einer anderweiten Sicherheit überall nicht bedürfe, und der Grund der gesetzlichen Vorschrift cessire; allein für durchgreifend kann auch dieses Argument nicht geachtet werden. Denn, wäre es auch richtig, daß die Concurmasse dem Beklagten eine hinreichende Sicherheit darbiete, so würde dieses doch kein Grund seyn, dem Güterpfleger die Caution zu erlassen, da, wenn auch der Kläger ein noch so begüterter und solider Mann ist, ihm doch die Verpflichtung zur Bestellung der mehrgedachten Caution obliegt, in sofern er nicht in dem Gerichtsbezirke mit Liegenschaften angesessen ist. Sollten nun aber auch in einer Concursmasse sich Liegenschaften befinden, so kann dieselbe deshalb doch nicht von der Caution befreiet werden, weil es die Pflicht des Güterpflegers ist, sie zur Befriedigung der Gläubiger unverzüglich zu realisiren [10]; und nur in sofern würde dieses eine Ausnahme erleiden müssen, als sie in dem betreffenden Gerichtsbezirke belegen wären und zugleich dem Beklagten die Zusicherung

[10]) Vgl. de Winckler l. not. 5. cit. pag. 32, 33.

Digitized by Google

geschähe, daß sie bis zur Beendigung des Rechtsstreits unveräußert stehen bleiben sollten. Es läßt sich aber auch nicht einmal zugeben, daß eine Concursmasse dem Gegner eine hinreichende Sicherheit gewähre, so daß die Caution für überflüssig erachtet werden könnte. Denn, abgesehen von dem Falle, wo die Masse ganz unbedeutend ist, und wo der Beklagte mit Recht verlangen könnte, daß die Gläubiger des Cridars, für deren Interesse der Rechtsstreit wider ihn geführt wird, ihm auch die erforderliche Sicherheit leisten sollen, so ist zweierlei in Betracht zu ziehen. Einmal nämlich ist es ein Hauptzweck bei der Bestellung eines Vorstandes für die Kosten, daß dem vollständig obsiegenden Beklagten auch dafür eine Sicherheit werden soll, ohne Weitläuftigkeiten zum Ersatz der ihm zugebilligten Kosten zu gelangen. Müssen deshalb überhaupt Auswärtige jene Caution leisten, so ist auf jeden Fall kein Grund dafür vorhanden, auswärtige Concursmassen von der Verpflichtung dazu frei zu sprechen [11]). Zweitens wird es zu den Pflichten des Güterpflegers gezählt, für die baldmöglichste Vertheilung der Masse, so wie sie realisirt wird, besorgt zu seyn, und dieses führt selbst bei

[11]) In dem oben §. 4. erwähnten Falle nahm daher das O. A. Gericht darauf keine Rücksicht, daß eine Concursmasse als Klägerin auftrat, und achtete diesen Umstand nicht einmal einer besondern Erörterung in den Entscheidungsgründen werth. Auf gleiche Weise war in einer frankfurtischen Rechtssache, in welcher die Debitmasse von Joseph Barlow in London die frankfurtischen Handelsleute Eyssen u. Zahn belangte, und die im Jahre 1825 in anderer Beziehung an das O. A. Gericht gelangte, dem Verlangen der Beklagten, daß ihnen eine Caution für die Kosten bestellt werden solle, durchaus entsprochen worden.

Digitized by Google

einheimischen Concursmassen für den Beklagten die Gefahr herbei, daß er demnächst, wenn er aus derselben seine Prozeßkosten ersetzt erhalten soll, daselbst kein Object der Befriedigung findet, oder wenigstens nur mit großer Schwierigkeit zu derselben gelangen kann. Also auch bei einheimischen Concursmassen läßt sich nicht sagen, daß der Grund der gesetzlichen Vorschrift cessire.

§. 7.

Wenn endlich Winckler in der angeführten Abhandlung anführt, die abweichende Ansicht der leipziger Juristenfacultät sey hauptsächlich darauf gegründet worden, daß man eine Concursmasse einer universitas, welche nach der sächsischen Prozeßordnung keine Caution für die Kosten zu bestellen braucht, gleich geachtet habe, so muß schon diese Gleichstellung sehr auffallend erscheinen. Es ist aber auch damit an solchen Orten, wo der gemeine Prozeß gilt, nichts gewonnen, weil sich nirgends in demselben der Grundsatz findet, daß universitates von jener Cautionsbestellung befreiet sind [12]). — Da nun auch das frankfurtische Particularrecht jeden Kläger, mit alleiniger Ausnahme der eingesessenen und genugsam begüterten Bürger, zu derselben verpflichtet [13]); so erkannte das Oberappellationsgericht am 24sten Januar 1827 J. S. Schlamp c. die Boppsche Debitmasse, welche letztere die von dem verstorbenen Bopp angefangene Klage nach dessen Tode und nach erfolgter Insolvenzerklärung seines Nachlasses fortgesetzt hatte, dem Verlangen des Beklagten gemäß, auf Leistung einer Caution für die Kosten von Seiten der klagenden Masse.

[12]) Cf. l. 1. §. 18, l. 6. §. 1. D. ut legat. seu fideicommissor. causa caveat. (36, 3.).

[13]) Frankf. Reform. Th. 1. Tit. 16. §. 1.

Digitized by Google

XVIII.

Ueber literarum obligatio, cautio indiscreta und pecunia cauta non numerata.

§. 1.

Es dürfte auf den ersten Blick auffallen, daß die in der Ueberschrift genannten Materien zum Gegenstande einer und derselben Abhandlung gemacht worden sind, indem sie dem Anscheine nach ganz verschiedenartig sind, und es an einem inneren Zusammenhange unter ihnen zu fehlen scheint. Dem ist aber nicht so, sondern, wie der Verfolg der Abhandlung dieses noch näher ergeben wird, die praktisch wichtige Frage, ob es im heutigen römischen Rechte noch eine literarum obligatio giebt, ist von entscheidendem Einfluß auf die Untersuchung, wie die Vorschriften des römischen Rechts über die cautio indiscreta, so wie über die querela und exceptio non numeratae pecuniae eigentlich anzusehen seyen; und daß unter den beiden zuletzt genannten Instituten eine enge Verwandtschaft statt findet, darüber kann schon das zum Belege dienen, daß beide in demselben Titel des Codex, de non numerata pecunia abgehandelt, und in eine Art von Gegensatz gebracht werden. Ist nämlich, wie darauf die wahre Meinung der l. 5. und 13. C. de non numerata pecunia hinaus geht, die Verschreibung über eine erst jetzt contrahirte Schuld ausgestellt, so kommen die querela und exceptio non numeratae pecuniae in Frage; wird hingegen eine ältere Schuld in eine Verschreibung gebracht,

Digitized by Google

so kann gegen Letztere begreiflicher Weise nicht eingewandt werden; es sey keine Auszahlung darauf erfolgt, denn das wurde bei der Ausstellung der Urkunde gar nicht erwartet, sondern nur, es sei irrthümlich eine frühere Schuld als vorhanden angenommen, die Verschreibung mithin indebite ausgestellt, eine Behauptung, wobei die Lehre von der cautio indiscreta zur Anwendung kommen kann, und es sich, wie bei der exceptio non numeratae pecuniae nach der Beweislast, nur hier nicht rücksichtlich der numeratio pecuniae, sondern des behaupteten indebiti fragt. Beide Fragen aber finden sich im Wesentlichen nach gleichen Grundsätzen entschieden, indem der Gläubiger sowohl in dem einen Falle den Beweis der numeratio übernehmen muß, wenn ihm zeitig die exceptio non numeratae pecuniae entgegengestellt wird, als auch in dem andern darthun muß, daß eine Schuld vorhanden ist, wenn der Gegner das indebitum behauptet, und die Verschreibung indiscrete lautet. Aber, was ist der Grund dieser beiden Vorschriften, sind die exceptio non numeratae pecuniae und die exceptio indebiti in diesem Falle wahre Einreden, bei denen nur aus besonderen Gründen die Beweislast auf den Kläger gewälzt wird, oder erscheinen sie bloß als eine verneinende Einlassung auf die Klage, verbunden mit einer Anfechtung der eigenen zum Beweise der Schuld producirten Urkunde?

§. 2.

Alles hängt hiebei von der Frage ab, ob es noch jetzt, nach Justinianeischem Rechte eine obligatio und actio ex literis, in der Maaße giebt, wie in diesem Rechte eine verborum obligatio mit der actio et stipulatu vorkommt. Denn wäre Jenes nicht anzunehmen, und gehörte

Digitized by Google

mithin zur Begründung der Klage noch etwas Anderes und Mehreres, als die Schuldverschreibung selbst, nämlich das der Entstehung der obligatio materiell zum Grunde liegende Rechtsgeschäft, so könnte die Urkunde nur als das Beweismittel, und es müßte die exceptio indebiti, und eben so die exceptio non numeratae pecuniae in Beziehung auf den Klagegrund lediglich als eine negative Litiscontestation, und nur in sofern als eine Einrede angesehen werden, als damit zugleich die eigene Urkunde angefochten wird. So wird nun freilich die Sache jetzt mehrentheils angesehen, das Dasein von Literalverträgen nach dem neuen römischen Rechte gänzlich abgeläugnet [1]), und was namentlich die exceptio non numeratae pecuniae anbetrifft, diese als eine negative Einlassung auf die angestellte Darlehnsklage, und als eine Einrede wider die zum Beweise derselben in Bezug genommene Schuldverschreibung betrachtet [2]). Allein diese Ansicht erscheint als im höchsten Grade bedenklich, denn einentheils würde dadurch ein Einwand, der sich keineswegs als eine gegen die Beweiskraft der Urkunde, sondern vielmehr als eine wider das Recht selbst gerichtete exceptio ankündigt, in eine bloße Abläugnung des Klagegrundes verwandelt, anderntheils aber würde dadurch eine große Ungleichheit der Rechte bei einem feierlichen mündlichen, und bei einem solemnen schriftlichen Versprechen herbei geführt werden.

---

[1]) v. Savigny üb. d. Literalcontract (Abhandl. d. histor.-philolog. Classe d. berlin. Akademie v. J. 1816. S. 289 — 306. Schweppe römische Rechtsgeschichte §. 307. Unterholzner in d. Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft B. 1. S. 258, und im Archiv f. d. civil. Praxis B. 7. S. 51, 2.

[2]) z. B. von Unterholzner a. a. O. S. 6.

Digitized by Google

§. 3.

Sehen wir nämlich zuvörderst auf das Recht der Stipulationen, in denen ja nur der Gegenstand aber nicht die Veranlassung des Versprechens ausgedrückt zu werden pflegte, so ist es hiebei eine ausgemachte Sache, daß zur Begründung der actio ex stipulatu nichts weiter, als die Nachweisung einer statt gefundenen Stipulation, keinesweges aber auch die eines genügenden Rechtsgrundes hiefür erforderlich gewesen sey. Wollte nun der beklagte Promittent behaupten, er habe jenes Versprechen ohne Grund irrthümlich geleistet, so mußte er gegen die Klage eine exceptio doli oder in factum vorschützen [3]), und mithin, in sofern es nach der allgemeinen Regel ging, seinen Irrthum beweisen; und auf gleiche Weise verhielt es sich in dem Falle, wenn bei dem Versprechen eine vorangehende Leistung von Seiten des Stipulators vorausgesetzt, aber nicht erfolgt war. Denn es heißt bei Gaius:

> Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit, eum iudicio condemnari; velut si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere ... [4]).

[3]) §. 1. I. de except. (4, 13.); l. 5. §. 1. D. de act. empti (19, 1.); l. 17. pr. D. de doli mali et met. except. (44, 4.)

[4]) Gaii Inst. IV, 116. Schweppe a. a. O. §. 304.

Digitized by Google

Und so findet sich das Recht auch noch in den Pandekten, nur daß, wenn der Kläger eine Person ist, welche gegen den Beklagten Anspruch auf Hochachtung hat, die Einrede nicht in der Form einer exceptio doli, sondern als exceptio non numeratae pecuniae aufgestellt werden soll[5]). In den Institutionen aber, wo im Uebrigen die ganze Sache auf dieselbe Weise behandelt ist, wird diese Einrede unter Bezugnahme auf dasjenige, was darüber bereits in einem früheren Titel, von den Literalcontracten, abgehandelt worden, allgemein exceptio non numeratae pecuniae genannt. Die Vorschrift, die hier so lautet

> ... placet exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere; cuius tempora nos (secundum quod iam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus [6])

kann denn auch sicher nicht anders verstanden werden, als daß gegen die actio ex stipulatu die gedachte Einrede in derselben Maaße, und mit der gleichen Wirkung, die Beweislast rücksichtlich der erfolgten numeratio auf den Kläger zu übertragen, zugelassen werden soll, als gegen eine auf eine Schuldverschreibung gegründete Klage. Hier erscheinen nun aber die exceptiones indebiti et non numeratae pecuniae als wahre Einreden, nur daß bei der letzteren das Besondere eintritt, daß sie vom Beklag-

---

[5]) l. 2. §. 3; l. 4. §. 1. D. de doli mali et metus except. (44, 4.); l. 29. pr. D. mandati (17, 1.); l. 15. pr. D. de fideiussor. (46, 1.) coll. l. 30. D. de rebus creditis (12, 1.); l. 9, 11. C. de n. n. pecunia (4, 30.)

[6]) §. 2. I. de except. (4, 13.). Cf. Kraut de argentariis pag. 101—3. Unterholzner im Archiv f. d. civil. Praxis B. 7. S. 31, 32.

Digitized by Google

ten nicht erwiesen zu werden braucht. Es müßte nun aber doch in der That befremden, wenn jene Einwendungen, in sofern sie gegen eine Klage aus einem schriftlichen Versprechen geltend gemacht werden, eine ganz andere Beschaffenheit, nämlich die einer bloßen negativen Einlassung haben sollten.

§. 4.

Wenn wir nun jetzt zur Erörterung der Frage übergehen, ob noch zu Justinians Zeit eine literarum obligatio und eine bloß auf das geleistete schriftliche Versprechen gegründete Klage bestanden habe, so sind von dieser Untersuchung alle die Fälle auszunehmen, wo die Verpflichtung eigentlich durch eine Stipulation zu Stande gebracht und nur zum Beweise derselben eine Urkunde aufgenommen war. In diesem Falle blieb das Geschäft eine verborum obligatio, mithin die Klage daraus eine actio ex stipulatu, und wird hiebei ausdrücklich bemerkt, daß daneben eine obligatio literarum, die wohl als ein späteres Institut nur da, wo es sonst an einer strengen Verpflichtung gefehlt haben würde, zugelassen ist, nicht habe bestehen können [7]). Bei der aufgenommenen Urkunde aber galt das Besondere, daß sie für vollständig beweisend geachtet wurde, wenn der Promittent darin auch nur das geleistete Versprechen, nicht aber die noch weiter erforderlichen Solemnitäten einer vorauf gegangenen Frage und der Gegenwart der Contrahenten bezeugte [8]).

---

[7]) Gaii Inst. III, 134. §. un. I. de liter. obligat. (3, 22.), ibique Theophilus.

[8]) Pauli S. R. V, 7. §. 2. §. 17. I. de inutil. stipulat. (3, 20.). l. 57. D. de donat. int. v. et u. (24, 1.). l. 134. §. 2. D. de V. O. (45, 1.). — l. 14. C. de contrah. et omitt. stipulat.

Digitized by Google

§. 5.

Was dagegen die Fälle anbetrifft, wo durch die Scriptur selbst die obligatio constituirt wurde, so ist hier das eigenthümliche römische Institut der nomina von dem ausländischen der syngraphae und chirographa zu unterscheiden. Von jenen kennt das ältere römische Recht zwei Arten, das transscriptitium nomen und das arcarium nomen. Beide hängen mit dem Institute der römischen Hausbücher und deren näherer Einrichtung zusammen. Man trug nämlich, und das thaten sowohl die Privatpersonen, als auch die römischen Banquiers, die Argentarien, die abgeschlossenen Geschäfte sofort in die adversaria oder das Notizenbuch ein, und übertrug sie aus diesen monatlich in die eigentlichen Hauptbücher, die codices accepti et expensi, und zwar dürfte diese Uebertragung bei liquiden Geldforderungen ohne nähere Angabe der ursprünglichen Veranlassung der Schuld, bloß in der Maaße geschehen seyn, daß man den Betrag der Forderung oder der Schuld auf den Namen seines Schuldners oder Gläubigers eintrug; weshalb diese eingetragenen Schuldposte nomina ge-

---

(8, 38.). §. 12. I. de inutil. stipulat. (3, 20.). coll. l. 6. §. 1, l. 7. D. de novationibus (46, 2.). Eine vollständige über eine Stipulation ausgestellte cautio enthält l. 40. D. de rebus creditis (12, 1.). Schweppe röm. Rechtsgeschichte §. 303. coll. §. 307. a. E. Daher heißt es denn auch von einer Bürgschaftsakte: „In stipulationibus fideiussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunque sit scriptum quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fideiussisse: videri omnia solemniter acta.“ §. 8. I. de fideiussor. (3, 21.). l. 30. D. de V. O. (45, 1.). Cuiacius ad Pauli S. R. l. c.

Digitized by Google

nannt zu sein scheinen. Es konnten also nur bestimmte und keiner Contestation mehr unterliegende Geldforderungen in das Rechnungsbuch als nomina eingetragen werden; und es mußte daher entweder die Forderung bereits an sich incontestabel sein, oder doch erst incontestabel gemacht werden, ehe sie als nomen in das Buch eingetragen werden konnte. War demnach, außer dem Falle einer stipulatio, wo die Bücher höchstens als Beweismittel in Betracht gezogen werden konnten, was aber nicht einmal geschehen zu sein scheint, die Schuld durch eine numeratio constituirt, so konnte ohne Weiteres dieselbe als nomen eingetragen werden, weil hier schon durch die bloße Auszahlung eine strenge Verbindlichkeit, die mittelst der condictio certi ex mutuo geltend gemacht werden konnte, vorhanden war. War hiegegen die Schuld noch Contestationen ausgesetzt, konnten z. B. gegen dieselbe, weil sie aus einem zweiseitigen, ex bona fide zu beurtheilenden Rechtsgeschäfte herrührte, noch Einwendungen und Gegenforderungen geltend gemacht werden, so mußten diese zuvörderst beseitigt, mithin eine Verwandlung der Schuld in eine strenge incontestabele vorgenommen werden, ehe sie als nomen in die Bücher eingetragen werden konnte [9]). Zu dieser Umschreibung der Schuld war denn aber ohne Zweifel die Zustimmung beider Theile erforderlich, da hiedurch die Natur der Verpflichtung eine wesentliche Veränderung erlitt. Die beiden bisher erörterten Fälle, die unter der gemeinschaftlichen Benennung des nomina facere vor-

[9]) Daß die obligatio ex nomine stricti iuris war, scheint aus l. 1. D. de annuis legatis (33, 1.) hervor zu gehen, wonach das legatum annuum am Orte der Klage geleistet werden soll, „sicut ex stipulatu aut nomine facto petatur.“

Digitized by Google

kommen, unterscheidet nun Gajus genau und bestimmt von einander. Im ersten Fall heißt das nomen ein nomen arcarium, im zweiten ein nomen transscriptitium [10]).

§. 6.

Beide Arten der nomina sind in ihren Rechten wesentlich von einander verschieden. Bei dem nomen arcarium, welches in den Verschreibungen und wohl auch in den Büchern durch die Formel, „ex arca tua“ oder „de domo“ bezeichnet wurde [11]),“ und wo bereits durch die numeratio eine obligatio stricti iuris begründet war, hätte die Verwandlung in eine andere obligatio keinen Nutzen gewährt; hier behielt man daher die alte Verpflichtung bei, und die Eintragung in die Bücher diente nur dazu, um ein Beweismittel zu liefern, was der richtigern Meinung nach auch schon in der in dem Buche des Gläubigers verzeichneten expensilatio enthalten war, aber, bei gleicher Beweiskraft der Bücher, durch das Buch des Schuldners entkräftet werden konnte [12]). Daher lehrt denn auch Gajus III, 131. von diesen arcariis nominibus:

---

[10]) Gaii Inst. III, 128 — 133, 138. coll. d. verstümmelte Gaius lib. 2. tit. 9. §. 12, 13. Erb in d. heidelb. Jahrb. v. 1816 S. 99. Vgl. über das Folgende die Ausführung von Kraut de argentariis pag. 90 — 99.

[11]) l. 40. D. de rebus creditis (12, 1.); l. 26. D. de pecunia constituta (13, 5.). Senecae epistol. I, 26.

[12]) Das erhellt aus Cicero pro Roscio Comoed. cap. 1 — 5, der von dem Gegner, dem Kläger Fannius den Beweis der Forderung durch dessen Codices verlangt, und sich nur gegen die Adversaria desselben verwahrt; ganz besonders aber aus Gellius N. A. lib. XIV. cap. 2, der die expensilatio als ein gewöhnliches Beweismittel für den Gläubiger aufführt; so

Digitized by Google

... in his rerum non literarum obligatio consistit: quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae iure naturali facit obligationem, qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

Ganz anders verhielt es sich mit den nominibus transscriptitiis, deren Zweck es gerade war, die alte Obligation zu verwandeln, sei es durch Veränderung der causa debendi, oder des Schuldners, oder in beider Hinsicht. Hiezu bedurfte es eines neuen Rechtsgeschäfts, und das wurde durch die transscriptio nominis vollzogen; mithin lag hier eine wahre literarum obligatio vor; und das in die Bücher eingetragene transscriptitium nomen war zugleich die causa novae obligationis und ein Beweis-

---

wie aus Gaius III, 131. Freilich will Unterholzner (üb. d. Rede des Cicero f. d. Schauspieler Roscius in d. Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft B. 1. S. 259 — 262.) hierin eine Ungereimtheit finden; allein bedenkt man dagegen, daß die Bürger bei jedem census die Richtigkeit ihrer Buchführung eidlich erhärten mußten (Diocassius lib. 4. pag. 221); und daß durch die unverdächtigen Bücher des Gegners der Beweis immer wieder entkräftet werden konnte (Cicero l. c. cap. 1.), so verliert sich dieses Auffallende gänzlich. Vid. Kraut l. c. pag. 96 — 99. Sehr richtig bemerkt hiebei Erb (a. d. Not. 8. angef. O. S. 100, 1.), daß dieses Beweismittel nur dazu diente, um auf die subjective Ueberzeugung des Richters — der übrigens der römische iudex wohl in der Regel folgte, wenn es sich davon handelte, eine Thatsache als wahr anzunehmen, oder als unrichtig zu verwerfen — zu wirken; und daß daher dasselbe auch wohl auf die Seite gesetzt werden konnte.

Digitized by Google

mittel derſelben. In dieſen beiden Arten von nomina, womit das von Theophilus Angeführte [13]), vielleicht in der Maaße zuſammenhängt, daß Letzteres die nähere Beſchreibung des der transscriptio nominis vorangehenden Verfahrens enthält, kann nun der Urſprung der exceptio non numeratae pecuniae nicht gefunden werden. Denn wurde ein arcarium nomen eingeklagt, ſo genügte ein bloßes Abläugnen der numeratio, und mußte der Be-

---

[13]) Theophilus ad §. un. I. de liter. obligat. beſchreibt eine zu ſeiner Zeit veraltete Form der literarum obligatio nach der gewöhnlichen Lesart ſo: „es ſey die Verwandlung einer alten Schuld in eine neue durch Worte und Schrift, indem der Gläubiger zu ſeinem Schuldner geſagt und ihm zugleich geſchrieben habe: „Centum aureos, quos mihi ex causa locationis (aliave) debes, tu ex conventione et confessione literarum tuarum dabis?“ worunter dann der Schuldner zur Antwort geſchrieben habe: „Ex conventione debeo literarum mearum.“ Am richtigſten findet man hierin mit Schweppe (römiſche Rechtsgeſch. §. 307.) und Kraut (l. c. pag. 105) ein Ueberbleibſel des nomen transscriptitium, und wird dabei auch nicht genöthigt, mit v. Savigny (in d. Abhandl. der berlin. Akademie hiſtor. philolog. Claſſe v. J. 1816. S. 295—99) den Theophilus Mißverſtändniſſe zu zeihen; wenn man nur mit Erb (a. d. Not. 8. a. O. S. 98, 99). die andere aus dem Cod. Pith. entlehnte Lesart adoptirt, wonach die Formel der literarum obligatio dahin lautete: „Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli? Expenpensos mihi tulisti.“ Denn unmöglich kann eine transscriptio nominis ohne den Conſens beider Theile vollzogen ſein; und im Gaius fehlt die Angabe, in welcher Form dieſe Einwilligung erklärt wurde. Die Beſchreibung des Theophilus ergänzt alſo nur dieſe Lücke, und paßt übrigens wohl zur Darſtellung des Gajus. —

Digitized by Google

klagte nur zugleich auf die Entkräftung der vorhandenen Beweisurkunde Rücksicht nehmen, deren Anfechtung im römischen Sprachgebrauche gewiß nicht exceptio, und am wenigsten exceptio non numeratae pecuniae genannt worden ist. Der Klage aus einem transscriptitium nomen aber konnte anfangs wohl sicher keine aus der Ungültigkeit der novirten Hauptschuld abgeleitete Einrede entgegengesetzt werden, weil dieses dem Zwecke der transscriptio entgegen gewesen wäre, und weil dieses sich nur mittelst der exceptio doli hätte bewirken lassen, welche, ehe Aquilius Gallus zu Ciceros Zeiten die formula doli mali aufgestellt hatte, gegen eine actio stricti iuris nicht gebraucht werden konnte [14]). Später, nachdem die formulae doli mali in Gebrauch gekommen waren, ist in einem solchen Falle aller Wahrscheinlichkeit nach eine Einrede zugelassen [15]), aber der Natur der Sache nach nicht

[14]) Dafür dürfte der bekannte von Cicero (de officiis III, 14.) erzählte Fall, wo Canius vom Pythius mit dem Handel eines Landhauses betrogen wurde, und wo der Kaufpreis sofort in nomina, worunter nur nomina transscriptitia verstanden werden können, gebracht war; denn Cicero erklärt, es habe für den Canius keine Hülfe gegeben, weil damals Aquilius seine formulas doli mali noch nicht aufgestellt gehabt habe. Wäre dieses nämlich der Fall gewesen, so würde dem Canius außer mit einer actio de dolo, auch wohl noch mit einer exceptio doli wegen des bei'm Handel vorgekommenen dolus, der die novirte Obligation afficirte, und ihm zur Zeit der Transscription noch nicht bekannt war, zu helfen gewesen seyn.

[15]) A. M. ist Schweppe (röm. Rechtsgeschichte §. 306.), welcher den Schuldner nur mit dem Beweise eines irrthümlich übernommenen indebiti zulassen will; und es scheint hiefür allerdings auf den ersten Blick der Gegensatz, den Gaius bei den

Digitized by Google

eine exceptio non numeratae pecuniae, da dieſer literarum obligatio keine pecuniae numeratio zum Grunde lag, ſondern wie bei einem constitutum oder einer Novation per stipulationem, nur eine wahre exceptio doli, welche der Beklagte zu erweiſen hatte [16]). —

arcariis nominibus macht, „quae non aliter valent, quam si numerata sit pecunia“ zu ſprechen. Allein dieſer Gegenſatz ſcheint in der That auf etwas Anderem zu beruhen, und nur ſagen zu wollen, bei dem arcarium nomen exiſtire ohne numeratio gar keine obligatio, während eine ſolche bei dem transscripticium nomen wegen der transscriptio jedenfalls stricto iure vorhanden war, auch wenn kein gültiges Geſchäft vorher gegangen war. Daß aber in einem Falle der letzteren Art für den Schuldner nicht einmal vermittelſt einer exceptio eine Hülfe geweſen ſey; folgt nicht. Nur bei dem constitutum der argentarii, woraus gegen dieſelben die actio receptitia ſtatt fand, war es bis auf Juſtinians Zeit gleichgültig, ob dem ein debitum oder ein indebitum zum Grunde lag, was Juſtinian aber aufhob, weil es zum Syſteme des damaligen Rechts nicht paſſe, welches viele Condictionen enthalte, „quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt“ (l. 2. pr. in fin. coll. §. 2. C. de constit. pecunia, 4, 18.). Dieſes behandelt aber Juſtinian als eine Singularität, und muß ſie dafür um ſo unbezweifelter geachtet werden, weil das gewöhnliche constitutum, wenn es nicht anfechtbar ſeyn ſollte, ein vorhergehendes rechtsbeſtändiges debitum erforderte (l. 1. §. 6—8; l. 3. §. 1., l. 5. §. 2., l. 11. pr. §. 1., l. 12., l. 18. §. 1., l. 19. pr., l. 13. D. eod., 13, 5.), eben ſo wie die Novation. (l. 1. §. 1., l. 2., l. 8. §. 1. D. de novation, 46, 2.).

[16]) l. 31. D. de constit. pecunia (13, 5.); l. 2. §. 4. D. de donat. (39, 5.). Auf beide bisher erörterten Fälle möchte l. 49. §. 2. D. de peculio (15, 1.), zu beziehen ſein. „Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes

Digitized by Google

Entscheidend ist aber auf jeden Fall der Umstand, daß zu Justinians Zeiten die nomina außer Gebrauch waren [17]), und gleichwohl die querela und exceptio non numeratae pecuniae noch eine völlig practische Materie waren, und von ihm mit neuen Bestimmungen versehen wurden.

§. 7.

Die syngraphae [18]) und chirographa hingegen haben mit dem Institute der römischen Hausbücher nichts gemein, sondern bestanden in abgesonderten Schuldverschreibungen, welche über die Schuld ausgefertigt wurden. Zwischen den syngraphis und den übrigen chirographis fand, wie dieses der Scholiast des Cicero, Asconius Pedianus [19]), welcher zur Zeit des Nero lebte, lehrt, der Unterschied statt, daß die letzteren nur über eine wirkliche Schuld ausgestellt zu werden pflegten, den syngraphis hingegen auch fingirte Verpflichtungen zum Grunde lagen, und sie vertragsweise auch in solchen Fällen abgefaßt wurden, wo entweder gar keine, oder doch nicht die volle Valuta gezahlt war. Die syngraphae wurden daher auch

---

suas referat, se debere servo suo cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem." l. 26. D. 39, 5.

[17]) §. un. I. de liter. obligat. (3, 22.).

[18]) Diese finden sich häufig bei Cicero, z. B. in orat. in Verrem lib. 1. cap. 36. und pro domo sua cap. 50. und ad Atticum V, 21.; VI, 2.; die chirographa in jenem besonderen Sinne hat aber Cicero nicht. Cf. Ernesti Clavis Ciceron. s. h. verbis.

[19]) Asconius in Verrem lib. 1. cap. 36. (edit. a. 1644. pag. 94 in fin., 95.) Gothofr. in not. 4. ad l. 1. D. de annuis legatis (33, 1.).

Digitized by Google

von beiden Theilen unterzeichnet und von beiden aufgehoben, die chirographa nur von einem, und wohl natürlich vom Gläubiger. Diese eigenthümliche Form der syngraphae, wobei ihrem Zwecke nach der Einwand, daß sie indebite ausgestellt, oder darauf die Zahlung des Geldes nicht erfolgt sei, nicht zugelassen werden konnte, scheint aber, obwohl der Name blieb, später außer Gebrauch gekommen, und nur die einseitig vom Schuldner ausgestellte und dem Gläubiger eingehändigte Verschreibung, das chirographum übrig geblieben zu sein. Denn Gajus, welcher in der gleich anzuführenden Stelle derselben gedenkt, beschreibt sie nur in dieser letzteren Form. Diese Verschreibungen dienten nun nach dem ausdrücklichen Zeugnisse desselben Schriftstellers nicht bloß zum Beweise, sondern constituirten eine wahre literarum obligatio.

> Praeterea — heißt es dort — literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est [20]).

Mit den Schlußworten dieser Stelle soll nun wohl nur auf den ausländischen Ursprung des Instituts, und auf den häufigen Gebrauch der chirographa von Seiten der Peregrinen, wenn diese sich der andern Form des Literalcontracts nicht bedienen konnten, hingedeutet, keineswegs aber behauptet werden, daß die römischen Bürger sich desselben gar nicht bedient hätten; denn bereits Seneca erwähnt der chirographa als einer mit den nominibus concurrirenden obligatorischen Form [21]), und kann hiebei

[20]) Gaii Inst. III, 134.

[21]) Seneca de beneficiis II, 13.

Digitized by Google

doch nur an einen zu verpflichtenden civis gedacht werden.

§. 8.

Lateinisch nannte man diese Schuldverschreibungen cautio chirographi oder auch cautio schlechthin [22]). Ist aber dieses, so finden sich nicht bloß bereits unter Severus und Antoninus Spuren von solchen für eine Schuld ausgestellten cautiones mit der Erwähnung einer daraus abgeleiteten Klage [23]), sondern in einer Constitution von Arcadius, Honorius und Theodosius aus dem Jahre 180 wird ausdrücklich gesagt, daß dadurch eine obligatio literarum begründet werde, indem es dort heißt,

„Si quis debiti, vel quod ex foenore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, *in literarum obligationem facta cautione translatum est* ... [24])."

Mit Recht bemerkt hiebei schon Gothofredus [25]), daß an eine scriptura mensae, das nomen transscripticium des Gajus, überall nicht gedacht werden könne, sondern die Stelle von der chirographaria pecunia verstanden werden müsse; nur darin läßt sich ihm nicht beipflichten, daß hiemit nur die Aufnahme einer Beweisurkunde über

---

[22]) Cicero ad Divers. VII, 18.; und in orat. pro domo sua cap. 50. Ernesti in Clav. Ciceron. s. v. cautio. l. 6. C. Th. de denunciat (2, 4.) Kraut l. c. p. 105, 6.

[23]) l. 1—3. C. de n. n. pec. (4, 30.).

[24]) l. 6. C. Th. de denunciat. (2, 4.); coll. l. 3. eod. verbis; „cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur."

[25]) ad l. 6. cit. Tom. 1. pag. 120. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 305.

Digitized by Google

die bereits vorhandene, noch fortdauernde Schuld, aber nicht eine Novation und Verwandlung derselben in eine literarum obligatio gemeint sei, da dieses Letztere nicht bloß die klaren Worte der Constitution mit sich bringen, sondern da solches auch dem uns jetzt aus Gajus näher bekannten Grundsatze der syngraphae und chirographa ganz entsprechend ist [26]), und da sogar im Theodosischen Codex eine certi petitio de chirographis vorkommt [27]).

§. 9.

Diese literarum obligatio ex chirographis fand nun auch, gleich der stipulatio sowohl bei neuen Darlehen, wo dann nicht zwei Verpflichtungen, die eine ex mutuo, die andere ex stipulatione eintraten, oder die eine die andere novirte, sondern das Ganze nach der Absicht der Contrahenten nur als ein Contract, und die numeratio implendae stipulationis (vel cautionis) gratia fieri angesehen wurde [28]), als auch zur Novation früherer Obligationen ein, wie solches die Stellen bei Cicero, Asconius, Gajus und im Theodosianischen Codex ergeben. Wie aber, wenn nun nicht wegen einer absichtlichen Fiction, sondern entweder aus irriger Annahme einer früheren obligatio, oder in der Erwartung, daß der Darleiher demnächst auf die Schuldverschreibung hin das versprochene mutuum auszahlen werde, das chirographum ausgestellt, und Letzterem

---

[26]) Gans Scholien zum Gajus S. 424.

[27]) l. un. C. Th. si certum petatur de chirographis (3, 1.); ibique Gothofredus Tom. 1. pag. 243, 4; 249. Interpretatio tit. I. Cod. Hermogen. ap. Schulting Jurisprud. Anteiust. pag. 709.

[28]) l. 6. §. 1., l. 7. D. de novat. (46, 2.).

Digitized by Google

eingehändigt war? Stricto iure konnte dieſes den Schuldner nicht befreien, denn das in der Stipulation oder in der cautio geleiſtete Verſprechen war nicht bedingt, ſondern ſchlechthin geleiſtet; aber gegen die Abſicht der Contrahenten, mithin gegen die bona fides würde es allerdings verſtoßen haben, wenn der Promittent nun doch hätte zahlen ſollen, und deshalb ward, ſeitdem die Grundſätze über die condictio indebiti und die formulae doli mali beſtanden, mit einer exceptio doli geholfen. Es ſind aber die beiden Fälle der cauta et non numerata pecunia, und der für eine vermeinte ältere Schuld indebite ausgeſtellten Verſchreibung von einander zu ſondern.

§. 10.

Der condictio certi ex chirographo konnte ſo wie der actio ex stipulatu die exceptio doli entgegen geſtellt werden, wenn dem Promittenten ein Darlehn verſprochen, aber nicht ausgezahlt war [29]). Allein, was namentlich die erſtere Klage betrifft, ſo wurden nach der Zeit des Gajus, vielleicht ſchon am Ende des zweiten, gewiß aber im dritten Jahrhunderte, von den Kaiſern, namentlich von Antoninus Caracalla Conſtitutionen erlaſſen, welche dagegen eine beſondere Einrede, die exceptio non numeratae pecuniae zuließen, vermittelſt welcher der Beklagte es bewirken konnte, daß der Gläubiger den Beweis, das Darlehn wirklich gegeben zu haben, übernehmen mußte.

> Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis: exceptione opposita, seu doli, seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur;

[29]) S. oben Note 4. u. 5. und l. 3. C. de n. n. pecun. (4, 30.).

Digitized by Google

heißt es in einer Verordnung von Antoninus [30]), und folgende Kaiser, besonders Alexander Severus und Diocletianus et Maximianus wiederholten die Vorschrift, und gestatteten in einem solchen Falle auch eine condictio obligationis oder eine querela non numeratae pecuniae [31]). Es trat aber hiebei anfangs eine Beschränkung auf 1 Jahr, und seit Diocletianus auf 5 Jahre ein [32]), wofür Justinian bekanntlich 2 Jahre substituirt hat. Der Grund, weshalb bei dieser Einrede und dieser Querel nicht in Gemäßheit der allgemeinen Regel dem, welcher dieselbe zur Hand genommen hatte, die Beweislast auferlegt, sondern dem Gläubiger das Gegentheil, die wirkliche Auszahlung des Darlehns darzuthun angesonnen wurde, liegt nach den Gesetzen in zweierlei, nämlich theils darin, weil häufig dem Darleiher die Schuldverschreibung vor dem wirklichen Empfange des Geldes eingehändigt wird, dem Anführen desselben, es nicht empfangen zu haben, mithin einige Wahrscheinlichkeit zur Seite steht [33]), theils aber auch darin, weil die Behauptung des Schuldners, das Darlehn nicht ausgezahlt bekommen zu haben, eine solche Negation enthält, die sich nicht füglich erweisen läßt [34]).

---

[30]) l. 3. C. cit.

[31]) l. 7, 8. C. eod.

[32]) tit. 1. Cod. Hermogen. de cauta et non numerata pecunia. (ap. Schulting pag. 709 u. im Ius civ. Anteiust. Tom. 1. pag. 272.). coll. l. un. §. 3. C. Th. si cert. petatur de chirographis (2, 27.), §. un. I. de liter. oblig. (3, 22.) u. l. 14. pr. C. de n. n. pecun. (4, 30.).

[33]) Darauf deuten l. 1, 7. C. de n. n. pecun. (4, 30.); und Theophilus ad §. un. I. de liter. oblig. (3, 22.). Cf. l. 3. C. de dote cauta non numerata (5, 15.).

[34]) l. 10. C. cod. Duarenus in tit. D. de probat. cap. 12.

Digitized by Google

§. 11.

Durch diese Vorschrift kam nun allerdings die Sache in eine solche Lage, daß ohne numeratio von Anfange an keine wirksame, den Kläger auch nur von der Beweislast befreiende literarum obligatio bestand; aber daraus folgt noch keineswegs, daß nun diese ganze Art von Obligationen weggefallen, und nicht einmal eine an sich begründete Klage aus derselben übrig geblieben sei. Ließ man doch, wenn in einem solchen Falle eine Stipulation statt gefunden hatte, die actio ex stipulatu nach wie vor zu, obwohl man auch gegen diese Klage die exceptio non numeratae pecuniae mit gleicher Wirkung, wie gegen die Klage aus einer Schuldverschreibung gestattete [35]). In der That ist denn auch jene Klage aus der literarum obligatio keineswegs aus dem jetzt geltenden römischen Rechte ganz verschwunden. Denn nicht nur, daß in der im vorhergehenden Paragraphen angeführten Stelle des Codex der Klage aus einer cautio ausdrücklich Erwähnung geschieht, so sagt auch Justinian und mit ihm Theophilus in den Institutionen nur, daß die obligatio *ex nominibus* nicht mehr in Gebrauch sey, keineswegs aber, daß gar keine literarum obligatio mehr existire; ja im Gegentheil erwähnt er ausdrücklich eine solche, so wie eine ex scriptura hervorgehende condictio. Freilich soll diese erst eintreten, nachdem die Zeiten der querela und exceptio non numeratae pecuniae abgelaufen sind; allein, da durch den bloßen Zeitablauf doch nicht füglich eine ganz

---

med. (in Oper. pag. 234. col. 1. med.) Unterholzner im Archiv f. d. civil. Praxis B. 7. S. 7, 8. ibique cit.

[35]) S. oben Not. 3 — 5.

Digitized by Google

neue Klage entstehen kann, so ist das sicher so zu verstehen, daß dann eine wirksame literarum obligatio eintrete, welche nicht mehr durch die Behauptung non numeratam esse pecuniam, niedergeschlagen werden könne, wie dieses auch noch insonderheit aus dem beschränkenden Zusatze, „cessante scilicet verborum obligatione," bei deren Vorhandensein nämlich die Urkunde nur als ein Beweisdokument angesehen wurde, hervorgeht [56]). Diese Ansicht führt denn dahin, die exceptio non numeratae pecuniae als eine wahre Einrede anzusehen, wie ihr Name dieses verkündigt, deren Gebrauch aber auf eine gewisse Zeit beschränkt ist. Und obwohl es nach den eigenthümlichen Wirkungen dieser exceptio in vielen Beziehungen gleichgültig erscheint, ob man sie als eine wahre Einrede, oder vielmehr als eine negative Einlassung betrachtet; so hat das doch in anderen Hinsichten sehr wichtige praktische Folgen. Sieht man z. B. diese exceptio als eine wahre Einrede an, so ist die Klage durch die Schuldverschreibung an sich begründet, und die Einrede muß bei Verlust derselben gleich der Einlassung beigefügt werden.

§. 12.

Der zweite Hauptfall ist der, wenn über eine ältere Schuld eine Verschreibung ausgestellt wird. Hier kann natürlich nicht in Frage kommen, ob pecunia numerata sit nec ne, sondern nur, ob die vorhergehende Schuld Rechtsbestand hat oder nicht. Denn — heißt es in einer Constitution von Alexander Severus —

.... Ignorare non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi

[56]) Cf. Kraut l. c. pag. 101, 2.

credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit; sed an iusta causa debiti praecesserit [57]).

Bei dieſer Ausſtellung einer Urkunde über eine frühere Schuld kann nun aber eine dreifache Abſicht obwalten, entweder ſie ſoll bloß zum Beweiſe dienen, oder ſie hat den Zweck, die ältere Schuld in eine neue zu verwandeln, oder aber nur dieſelbe anzuerkennen und zugleich dem Gläubiger die Berichtigung derſelben zu verſprechen.

§. 13.

Wird zuvörderſt die Urkunde bloß zu dem Ende ausgeſtellt, um den Gläubiger von der Schuld zu benachrichtigen, ſie anzuerkennen oder dem Gläubiger darüber ein Beweismittel in die Hände zu liefern, ſo liegt in der Ausſtellung derſelben nicht die Eingehung einer neuen Verbindlichkeit, denn das iſt nicht in der Abſicht des Ausſtellers enthalten; eben ſo wenig, als wenn er den Titel der alten Schuld in der Urkunde wiederholt, und dann nur auf dieſen Titel hin, ohne ein neues ſelbſtſtändiges Verſprechen hinzuzufügen, die Berichtigung der Schuld verheißt. In dieſem Falle entſteht nun durch die Scriptur keine Verbindlichkeit, ſondern ſie dient nur zum Beweiſe der ſchon früher vorhandenen. Dieſes ergiebt auf das Beſtimmteſte l. 26. §. 2. D. depositi. Hier heißt es

„Titius Semproniis salutem; Habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi

---

[57]) l. 5. C. de non n. pecunia (4, 30.).

Digitized by Google

decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem, et quod excurrit: Quaero, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. ....."

Also das briefliche Bekenntniß, die Gegenstände für den Anderen in Depositо zu haben, begründet keine besondere Verpflichtung, sie liefert nur ein Beweismittel für die Depositiоn. Dasselbe verordnet ebenfalls l. 31. D. de probationibus (22, 3.):

„Commemorationem in chirographo pecuniarum, quae ex alia causa deberi dicuntur, factam, vim obligationis non habere;"

welche Stelle nicht davon, daß das referens sine relato nichts beweise, verstanden werden kann; weil es nicht heißt, daß eine solche Erwähnung einer auf einem anderen Titel beruhenden Schuld in einer Urkunde keinen Beweis liefere, sondern daß sie keine Verpflichtung begründe.

§. 14.

Die Novation vermittelst einer cautio, welche, wie wir gesehen haben, in älteren Zeiten sehr üblich war, scheint aber zu Justinians Zeit außer Gebrauch gekommen zu seyn, denn es finden sich nur Stipulation und Litiscontestation als Formen der Novation erwähnt [58]). Dieses hat

[58]) l. 1. §. 1, l. 2., l. 11. §. 1, l. 29. D. de novat. (46, 2.); l. 24. D. de pecun. constit. (13, 5.)

Digitized by Google

vielleicht seinen Grund darin, daß die Novation eine ausdrückliche Zustimmung des andern Contrahenten, der dadurch seine Rechte aus der älteren Forderung verlieren sollte, erforderte, also doch die Form eines zweiseitigen Vertrages nöthig gewesen wäre, und daß man später über Stipulationen häufig Urkunden aufnahm, ohne dann einen besonderen Beweis darüber zu erfordern, daß alle Solemnitäten gehörig beobachtet seien. Bei uns, die wir statt der Stipulationen nuda pacta, wobei die Form der Willenserklärung gleichgültig ist, haben, kann nun bei der Novation eine Scriptur auf zwiefache Weise vorkommen, entweder als der Akt, wodurch die Contrahenten ihre Zustimmung erklären, oder indem der Promittent nach mündlicher Vereinbarung der Novation darüber dem Gläubiger eine Verschreibung ausstellt. Weder in dem einen noch in dem andern Falle tritt eine literarum obligatio ein; in dem ersteren nicht, weil hier die Scriptur nur als Mittel der Willenserklärung dient, in dem letzteren nicht, weil sie nur ein Beweismittel über die bereits anderweitig vereinbarte Willenserklärung abgiebt. Was dagegen die Ausstellung einer Urkunde bloß zum Anerkenntniß einer Schuld, verbunden mit dem Versprechen, die eigene oder fremde Verbindlichkeit zu erfüllen, anbetrifft, so liegt hierin ein constitutum [39]). Allein, wenn auch das constitutum in einer Verschreibung, oder in einem Briefe vorgenommen war, wie sich davon in den Gesetzen viele Beispiele finden [40]),

---

[39]) §. 9. I. de action (4, 6.), Lauterbach colleg. lib. 13. tit. 5. §. 1.

[40]) l. 5. §. 3, l. 14. §. 3, l. 24, l. 31. D. de pecun. const. (13, 5.).

Digitized by Google

so begründete dieses doch eben so wenig als der schriftliche Abschluß eines Kaufcontracts, eine eigentliche literarum obligatio. Denn die Scriptur bildet hier nicht die wesentliche Form des Rechtsgeschäftes, sondern kommt nur als Mittel zur Erklärung der Meinung des Constituenten in Betracht. Aber es kann allerdings aus einer solchen Urkunde, als der das constitutum enthaltenden und zugleich beweisenden Urkunde, die actio pecuniae constitutae angestellt werden, und bedarf es zur Begründung dieser Klage an sich weiter nichts; denn, obwohl zur Gültigkeit des constituti eine vorhergehende rechtsbeständige Schuld gehört [41]), so enthält doch das constitutum ein Anerkenntniß derselben von Seiten des Schuldners, und es liegt daher diesem ob, aus der etwaigen Unverbindlichkeit der constituirten Schuld eine Einrede gegen die actio pecuniae constitutae herzunehmen.

§. 15.

Geschieht nun dieses, so entsteht, wie bei vorgeschützter exceptio non numeratae pecuniae, die Frage nach der Beweislast. Diese würde aber nach allgemeinen Grundsätzen unbedenklich den Constituenten treffen. Dagegen verordnet nun aber Justinus:

> Generaliter sancimus: ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationem stipulatorem [42])

---

[41]) S. oben Not. 15. a. E.

[42]) Die hier von Unterholzner (Archiv B. 7. S. 51, 2.) vorgeschlagene Emendation „a stipulatore“ ist ganz unnöthig

exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat; nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere [43]).

Hiemit hängt auf das Genaueſte eine, der Ueberſchrift nach zwar von Paulus herrührende, aber erſichtlich nach Juſtins Conſtitution interpolirte Stelle in den Pandecten zuſammen; wo, nachdem der Juriſt ausführlich entwickelt hat, wen bei angeſtellter condictio indebiti hinſichtlich des behaupteten indebiti die Beweislaſt trifft, wenn von der Zurückforderung einer geleiſteten Zahlung die Rede iſt, hinzugefügt wird:

Sed haec ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum in quem cautio exposita est compelli debitum esse ostendere; nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse [44]).

---

und willkührlich. Vid. Cramer in programm., cui inest ad Gellium excursuum Trias. Kiliae 1827. 4. pag. 33—38.

[43]) l. 13. C. de n. n. pecun. (4, 30.).

[44]) l. 25. §. 4. D. de probat. (22, 3.). Die Stelle findet ſich

Digitized by Google

§. 16.

Stellt mithin Jemand eine Schuldverschreibung über eine schon vorher contrahirte Schuld aus, und giebt er in

---

im canonischen Rechte (c. 14. X. de fide instrument. 12, 22.) mit folgenden Worten wiederholt: „Si cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum quod continetur in ea. Sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur, nisi probaveris, te id indebite promisisse.“ Obwohl nun diese Stelle von der des römischen Rechts darin abweicht, daß sie den Aussteller der Verschreibung bei seinem Beweise des indebiti nicht ausdrücklich auf den Urkundenbeweis einschränkt, so kann doch darin keine Aenderung des römischen Rechts in der fraglichen Beziehung gefunden werden, da das canonische Recht nur eine Vorschrift über die Beweislast enthält, über die Beweismittel aber schweigt, mithin die im römischen Rechte über letztere enthaltene Bestimmung nicht geändert ist. (Unterholzner l. modo cit. S. 4. u. 5.); auch eine solche Aenderung um so weniger angenommen werden kann, da die Glossatoren jene Vorschrift noch fortwährend als gültig ansahen (Glossa ad l. 25. §. 4. D. de probat. und ad l. 13. C. de n. n. pecunia), und da man Unterholzner schwerlich in der Behauptung beipflichten kann, daß nach der l. 14. C. de contrah. vel committ. stipulat. (8, 38.) auch ein Zeugenbeweis zugelassen werden müsse; denn die eventuelle Gestattung des Zeugenbeweises in dem Falle dieses letzteren Gesetzes bezieht sich nur auf ein behauptetes Alibi bei einer die Gegenwart der Contrahenten erfordernden Stipulation, und beruht die dabei gemachte Ausnahme offenbar nur darauf, daß, wenn man überhaupt den Beweis des Alibi zulassen wollte, man dabei dem Beweisführer unmöglich den Zeugenbeweis ganz abschneiden und ihn lediglich auf den Urkundenbeweis beschränken konnte.

Digitized by Google

derſelben den Titel dieſer älteren Schuld ſpeciell an, ſo ſoll ſie wider ihn einen vollen Beweis liefern, wenn er nicht mittelſt eines Urkundenbeweiſes eine Simulation oder ein indebitum darzuthun vermöchte. Das iſt in beiden Stellen klar enthalten und unbeſtritten. Hiebei ſtehen wir denn auch noch gar nicht im Gebiete einer literarum obligatio, denn iſt die Urkunde bloß zur Anerkennung und als Beweismittel der alten Verpflichtung aufgenommen, ſo bleibt die Klage aus dieſer letzteren, das Fundament derſelben aber wird durch das Geſtändniß des Schuldners in der Urkunde dargethan. Wäre nun aber ſogar in der Verſchreibung ein constitutum hinzugefügt, und würde aus derſelben die actio pecuniae constitutae angeſtellt, ſo könnte die volle Beweiskraft der Urkunde noch um ſo weniger in Zweifel gezogen werden, da ſie nicht bloß das ſchon allein die Klage begründende constitutum ſowohl enthält als beweiſt, ſondern auch noch außerdem über das demſelben zum Grunde liegende, und zu ſeinem Rechtsbeſtande erforderliche debitum antecedens ein ſpecielles Geſtändniß des Schuldners in ſich faßt. Ganz daſſelbe gilt auch von dem Falle, wenn in der Urkunde die Novation einer älteren Schuld enthalten, und die durch die Novation aufgehobene Forderung ſpeciell darin erwähnt iſt. — Viel zweifelhafter und ſchwieriger iſt der entgegengeſetzte Fall der cautio indiscreta, oder der Fall, wo die causa debiti antecedens ſich in der Schuldurkunde nicht ausgedrückt findet.

§. 17.

In den beiden angeführten Stellen iſt nämlich ſo viel klar enthalten, daß, wenn in der Schuldverſchreibung die causa debendi gar nicht angegeben iſt, derjenige, welcher

Digitized by Google

daraus Rechte ableiten will, erforderlichen Falls den Beweis übernehmen muß, daß ihr eine wirkliche Schuld zum Grunde liegt; und es erscheint als reine Willkühr, wenn Manche jene Gesetze in solchen Fällen, wo sich der Grund der Schuld muthmaaßlich angeben läßt, obwohl er in der Urkunde nicht ausgedrückt ist, nicht zur Anwendung bringen wollen [45]), und aus diesem Gesichtspunkte namentlich dieselben dann ganz auf die Seite setzen, wenn von Schuldverhältnissen unter Kaufleuten die Rede ist, weil hier die Qualität der Personen auf eine kaufmännische Verpflichtung schließen lasse [46]). — — Zweifelhafter erscheint aber die Frage, was zu der in den Gesetzen erforderten speciellen Angabe der causa debendi gehöre? — Um diese Frage auf eine genügende Weise entscheiden zu können, erscheint es nothwendig, den Grund der Vorschrift näher zu erforschen. In dem Gesetze selbst findet derselbe sich nicht angegeben; gewöhnlich aber setzt man ihn darin, „weil — um Webers Worte zu gebrauchen — alle Richtigkeit einer Forderung darauf beruhe, ob sie einen wahren und rechtlichen Grund für sich habe; Urkunden also, die hierüber keine Auskunft gäben, das wesentlichste und vorzüglichste Erforderniß aller vorkommenden Ansprüche der Untersuchung

---

[45]) Hartm. Pistoris observat. singul. obs. 39, 2. (in Oper. pag. 1436.) Carpzov definit. for. P. 1. const. 17. def. 39. nr. 7—9.

[46]) Struck U. M. P. lib. 22. tit. 4. §. 1. Er citirt hiebei noch Marquard de iure mercat. lib. 1. cap. 14. nr. 11.; bei diesem aber findet sich der Satz gar nicht, sondern nur die Behauptung, daß die unterlassene ausdrückliche Angabe der causa debendi unschädlich sei, wenn sie aus den Umständen von selbst hervorgehe.

Digitized by Google

des Richters ganz entziehen würden;" und weil bei einer persönlichen Klage auch der s. g. entferntere Klagegrund bestimmt angegeben werden müsse [47]).

Geht man von dieser Ansicht der Sache aus, wobei man annimt, daß es keine persönliche Klage gibt, in deren Formel nicht zugleich eine besondere obligatorische Begebenheit mit ausgedrückt werden muß, so ergiebt es sich ganz von selbst, daß die cautio indiscreta als Beweismittel nicht ausreichend sein kann. Denn in der Klage muß dann immer noch ein Mehreres, als was die Urkunde enthält, geltend gemacht werden, und könnte zum Beweise dieses Mehreren, oder der noch außerdem vom Gläubiger angeführten causa debendi, die Urkunde nicht benutzt, sondern dieselbe stets vom Beklagten durch das Abläugnen ihres Zusammenhanges mit den in der Klage behaupteten specielleren Thatumständen entkräftet werden. — Es würde aber aus dieser Erklärung zugleich hervorgehen, daß da, wo die specielle Angabe der vorhergegangenen Schuld nicht in die Formel der Klage gehört, die Urkunde auch nicht als eine cautio indiscreta angesehen, und zum Beweise für untüchtig nicht geachtet werden könnte. Enthielte mithin die Urkunde eine Novation oder ein constitutum ohne specielle Angabe der novirten oder constituirten Schuld, so würde durch sie demohngeachtet bei der actio pecuniae constitutae oder der actio ex stipulatu aus der Novation ein voller Beweis geführt werden können [48]). Auch müßte

---

[47]) Weber Beitr. z. d. Lehre v. Klagen u. Einreden St. 2. u. 3. Nr. 13. S. 81—83. Unterholzner a. a. O. B. 7. S. 2.

[48]) Boehmer de actionibus. Sect. 2. cap. 7. §. 23. Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen §. 741.

Digitized by Google

man dann consequenter Weise bei uns, wo jeder Vertrag auch ohne Stipulationsform klagbar ist, und da in der Ausstellung und Annahme einer Urkunde die genugsame Willenserklärung liegt, jede Schuldverschreibung für vollständig beweisend achten, worin nur der Aussteller dem Gläubiger, obwohl ohne Angabe der Veranlassung oder des Zweckes, ein bestimmtes Versprechen geleistet hätte.

§. 18.

Diese Erklärung erscheint aber als sehr bedenklich; denn auf diesen Gesichtspunkt deuten die Gesetze auch nicht entfernt hin; und wird ja namentlich bei einer stipulatio nicht von Amtswegen darnach gefragt, ob auch ein gehöriger Grund zur Leistung des Versprechens vorhanden gewesen ist. Auch ist es ja sonst nicht die Pflicht des Gläubigers, die rechtmäßige Entstehung einer vom Schuldner anerkannten Verpflichtung darzulegen, sondern vielmehr die Sache des Letzteren, seine etwaigen Einreden dawider geltend zu machen [49]), und würde aus der gegentheiligen Ansicht folgen, daß eine Klage aus einer solchen Urkunde von dem Richter gar nicht angenommen werden dürfte.

Dieser Ansicht steht ferner auch der Umstand entgegen, daß eine Anfechtung der cautio als einer indebite ausgestellten verlangt wird; was offenbar weiter geht, als die bloße Bestreitung ihrer Beweiskraft. Denn wird sie als indebite ausgestellt verworfen, so ist damit zugleich ausgesprochen, es sei keine obligatio vorhanden, und es findet gar keine weitere Klage statt; wird sie aber nur als unbeweisend verworfen, so bleibt eine anderweit zu begründende und zu beweisende Klage noch immer zulässig.

---

[49]) Hommel rhapsod. quaest. Vol. 5. obs. 890.

Digitized by Google

Ferner redet die Pandektenstelle so allgemein, daß sie auch auf den Fall bezogen werden muß, wenn der Ausstellet der Urkunde sie mit einer condictio, wodurch er dann aber die Befreiung von der ganzen obligatio als einer indebita fordert, wie eine solche Klage auch bei einer irrthümlich vollzogenen indebita stipulatio vorkomt [50]), zurück verlangt. Würde nun aber die Urkunde in den Gesetzen bloß als ein mangelhaftes Beweisdokument betrachtet, so wäre nicht abzusehen, wie dieser Umstand den Schuldner berechtigen könnte, dasselbe dem Gläubiger zu entziehen; und wie er dadurch seine condictio auf Befreiung von der übernommenen Verpflichtung ohne weiteren Beweis des indebiti gründen, und der Beklagte zum Beweise eines vorhandenen debiti verpflichtet werden könnte. Daß endlich selbst eine indiscrete Schuldverschreibung, sie mag nun über eine erst neuerdings contrahirte Verpflichtung ausgestellt seyn, oder das constitutum oder die Novation einer früheren Schuld enthalten, zur Begründung der Klage genüge, ist bereits oben entwickelt. So lange demnach die Urkunde mit der condictio oder exceptio indebiti nicht angefochten ist, bleibt sie völlig bei Kräften; und selbst dann wird sie keineswegs ganz ungültig, sondern der Gegner muß nur den Beweis, daß der Urkunde eine Schuld

---

[50]) l. 31. D. de condict. indeb. (12, 6.); l. 1. pr., l. 3. D. de condict. sine causa (12, 7.); l. 5. §. 1. D. de act. empti (19, 1.); l. 2. §. 4. D. de donat. (39, 5.); l. 12. D. de novat. (46, 2.); l. 3, 4. C. de condict. indeb. (4, 5.); l. 4. C. de condict. ex lege (4, 9.); l. 2. pr. vers. fin. C. de constituta pecunia (4, 18.); coll. §. 1. I. de exception. (4, 13.); l. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except. (44, 4.).

Digitized by Google

zum Grunde liegt, auf sich nehmen, und ist es ihm hiebei theils unbenommen sich jener Urkunde zum Beweise, daß überall eine Schuld vorhanden sei, mit zu bedienen, theils kann sie für ihn noch immer dann wichtig werden, wenn er die Existenz der Schuld im Allgemeinen auf andere Weise dargethan hat. Denn dann würde er, was die Größe und die vom Schuldner anerkannte Liquidität derselben anbetrifft, immer noch jene Urkunde zum alleinigen Beweise gebrauchen können, und würde der Aussteller zu dem Beweise etwaiger anderer Einreden oder eines vielleicht von ihm behaupteten theilweisen indebiti verpflichtet sein [51]). Mit Recht lehrt daher Glück [52]), daß der Aussteller einer indiscreten Schuldverschreibung eine Erklärung über ihre Aechtheit nicht ablehnen könne; und eben so dürfte die Meinung derer den Vorzug verdienen, welche annehmen, daß darauf eine Executiv-Klage — die dann freilich durch das bloße Vorschützen der exceptio indebiti elidirt und dadurch das ordentliche Verfahren herbei geführt werden würde — gegründet werden könne [53]).

§. 19.

Nun entsteht freilich daraus, wenn man erst die An-

---

[51]) arg. l. 25. §. 2. D. de probat. (22, 3.).

[52]) Erläuter. der Pandekten. B. 22. S. 57, 58.

[53]) Carpzov definit. for. P. 1. const. 17. def. 39. — Claproth summar. Proz. §. 161. in fin. §. 169. init. Wenn Weber a. d. Note 47. a. O. mit den mehrsten Andern z. B. Colerus (de processibus executivis p. 4. cap. 1. nr. 90.), Mevius (Decis. p. 4. dec. 372.), Struck (l. not. 46. cit.), und Glück a. a. O. das Gegentheil lehrt, so rührt das von der im Text als unrichtig bestrittenen Ansicht her, daß eine solche Urkunde an sich keine beweisende Kraft habe.

Digitized by Google

fechtung der Schuldverschreibung als einer indebite ausgestellten verlangt, die neue Schwierigkeit, daß es alsdann scheint, als habe unter der Voraussetzung die Beweislast nicht so wie geschehen, vertheilt werden können. Denn, wer die condictio oder exceptio indebiti zur Hand nimt, dem liegt es nach der Regel, daß der Kläger das Fundament seiner Klage, und der Beklagte den Grund seiner Einrede zu erweisen hat, ob darzuthun, daß gar keine Schuld vorhanden, sondern vielmehr das Dasein derselben bloß aus Irrthum angenommen worden ist. Gleichwohl soll nun aber, wenn der Schuldner die von ihm ohne Angabe einer causa debendi ausgestellte Schuldverschreibung auf solche Weise ansicht, nicht ihn die Beweislast treffen, sondern vielmehr der Gläubiger die wirkliche Existenz einer Schuld beweisen. In der That liegt aber hierin kein Widerspruch; denn es bildet das zwar die Regel, daß der Kläger den Grund seiner Klage wie der Beklagte den seiner Einrede zu erweisen hat; allein diese Regel erleidet mehrfache Ausnahme. Eine Ausnahme der Art ist nun die, wenn das Fundament der Klage oder Einrede eine solche Negative enthält, die sich nicht erweisen läßt. Denn, obwohl es gewiß zu weit gegangen ist, den Kläger oder den Beklagten deshalb immer von der Beweislast befreien zu wollen, wenn das Fundament ihrer Klage oder ihrer Einrede eine Negative bildet, vielmehr es demohngeachtet bei der gesetzlichen Regel verbleiben muß, wenn die Negative von der Beschaffenheit ist, daß sie in gewöhnlichen Fällen sich noch wohl darthun läßt; so leidet jene Regel doch dann eine Ausnahme, wenn das Negative auf etwas so Vages und Unbestimmtes hinausgeht, daß der Beweis desselben, von einer unsichern Eidesdelation, zu welcher man einen

Digitized by Google

Beweisführer nicht wohl nöthigen kann, abgesehen, so gut wie unmöglich erscheint [54]).

§. 20.

Ist nun aber dieser Umstand schon ein genügender Grund, um dem Gläubiger, der aus einer Darlehnsverschreibung, also aus einer mit einer causa debendi versehenen Urkunde klagt, bei vorgeschützter Einrede des nicht empfangenen Geldes, den Beweis der Zahlung aufzuerlegen, so muß er noch um so mehr dahin führen, dem, zu dessen Gunsten die Verschreibung lautet den Beweis einer ihr zum Grunde liegenden wahren Schuld aufzuerlegen, wenn sie indiscrete gefaßt ist, und vom Aussteller mit der condictio oder exceptio indebiti angefochten wird. Denn wie soll Jemand, der einem Andern eine so vage Verschreibung, als er bekenne ihm so viel schuldig zu seyn, oder er verspreche ihm diese oder jene Summe zu entrichten, den Beweis führen, dieses Versprechen, zu welchem ja möglicher Weise jeder denkbare Verpflichtungsgrund die Veranlassung gegeben haben könnte, ohne alle Verbindlichkeit dazu geleistet zu haben; während, wenn in der Verschreibung die causa debendi angegeben ist, diese Angabe ihm doch einen festen Angriffspunkt darbietet, und es zu seinem Obsiege genügt, wenn er diese angegebene causa nur als irrig darzu-

---

[54]) Duarenus l. c. pag. 234. col. 1. vers. fin.: „Diximus omnino id definiri non posse, sed committi arbitrio iudicis: debetque bonus et prudens iudex inspicere, quid iustius et aequius sit, ex negotii circumstantiis. In dubio tamen sequenda est regula (sc. daß die Negative nicht bewiesen zu werden braucht) quae magna ratione et aequitate nititur. Absurdum sane est cogere actorem ad id probandum, quod probari non potest.

Digitized by Google

ſtellen vermag. Daß es nun aber auch dieſer Geſichtspunkt iſt, aus welchem die gedachte Vorſchrift gewürdigt werden muß, ergiebt der Zuſammenhang der l. 25. D. de probationibus völlig klar. Die ganze Stelle handelt von der Beweislaſt bei der condictio indebiti, wie dieſes gleich die Einleitungsworte andeuten. Hiebei wird nun zunächſt im pr. bis §. 3. der Fall erörtert, wenn der Kläger behauptet, er habe eine Sache oder Geld indebite hingegeben, und in dieſem Falle zwar im Ganzen ihm der Beweis, aus Irrthum eine Nichtſchuld bezahlt zu haben, auferlegt, aber doch in einzelnen Fällen von dem Gläubiger der Beweis eines erhaltenen debiti gefordert. Im Gegenſatz von dieſer *solutione* indebiti, heißt es nun im §. 4., wenn aber von einer Schuldverſchreibung behauptet werde, ſie ſei indebite ausgeſtellt, ſo komme es darauf an, ob ſie indiscrete rede, oder ob die causae debendi darin ſpeciell auseinander geſetzt ſeien. In dem letzteren Fall müſſe der Ausſteller beweiſen, daß er das Verſprechen indebite geleiſtet habe, im erſteren der Gläubiger, daß eine Schuld dabei zum Grunde liege, „debitum esse, quod in cautionem deduxit.“ Die Ausdrücke „in cautionem deducere“ die ganz denen „in stipulatum deducere“ entſprechen, bezeichnen aber offenbar die Einkleidung der Schuld in die Form einer cautio, und würden jene Ausdrücke ſchwerlich gebraucht ſein, wenn jene Form nicht gleich der Stipulation ein Klagerecht ertheilte. Nur dann alſo, wenn der condictio ex cautione die Einrede des indebiti opponirt wird, oder wenn wegen einer irrthümlich übernommenen Verpflichtung auf Liberation geklagt wird, kann jenes Geſetz zur Anwendung kommen; wird aber jener erſtgedachten Klage der erwähnte Einwand nicht entgegnet, ſo

Digitized by Google

behält auch die bloß auf die Verschreibung gegründete Klage Rechtsbestand. Wird ja doch dieser Fall als das Seitenstück zu dem behandelt, wo der Aussteller einer Schuldverschreibung sie mit der querela oder exceptio non numeratae pecuniae, welche letztere gezeigter Maaßen der condictio ex chirographo entgegen steht, ansicht [55]).

§. 21.

Aus dieser Ansicht der Sache ergiebt sich nun aber, daß der Stipulator auch da den Beweis übernehmen muß, wo durch die Ausstellung der Schuldverschreibung ein constitutum oder eine Novation vorgenommen worden ist, ohne daß die constituirte oder novirte Schuld speciell in derselben angegeben worden wäre. Denn nicht nur, daß die Worte der l. 13. C. de non num. pecunia „Generaliter sancimus: ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus“ auch diesen Fall offenbar mit begreifen, ja vorzugsweise für denselben, namentlich auf den Fall eines constituti passen, und in demselben das Dasein und der Rechtsbestand einer älteren Schuld zur Gültigkeit der neuen Verpflichtung wesentliche Erfordernisse sind, so tritt hier auch in ganz gleicher Maaße der gesetzliche Grund ein. Ist die vorhergehende causa debendi bestimmt und speciell angegeben, so gewinnt nicht bloß das neue schriftliche Schuldbekenntniß an innerer Wahrscheinlichkeit, sondern es bleibt der Gegenbeweis der irrigen Annahme einer älteren

[55]) Diese Ansicht, freilich ohne die Umkehrung der Beweislast bei der cautio indiscreta zu erklären und ohne hiebei auf die condictio ex chirographo Rücksicht zu nehmen, findet sich bereits in Giphanii explanat. leg. Cod. ad l. 13. C. de n. n. pec. (Tom. 2. pag. 269 – 271.).

Digitized by Google

Schuld auch noch wohl möglich. Lautete aber die Verschreibung bloß dahin, daß man die früher schuldig gewordene Summe hiemit zu bezahlen verspreche, oder daß man statt der früheren Schuld jetzt dieses oder jenes verspreche, so würde es für den Schuldner rein unmöglich sein darzuthun, daß er hiebei von der irrigen Voraussetzung einer vorhandenen Schuld ausgegangen sei. Mithin muß wegen der Unmöglichkeit, diese Negative darzuthun, der Gegner den Beweis des Gegentheils, daß nämlich wirklich eine Schuld vorher gegangen sei, übernehmen. — Es folgt aber aus jener Ansicht auch ferner, daß die Beweislast ganz nach denselben Grundsätzen und Unterscheidungen zu vertheilen ist, wenn es sich nicht von einer cautio sondern von einer Stipulation oder einem mündlichen Versprechen handelt, welches als indebite ausgestellt condicirt oder mit der exceptio doli angefochten wird [56]). Es geht endlich aus jener Ansicht hervor, daß, wenn auch nicht gerade die vorhergehende causa debendi in solcher Maaße angegeben worden ist, daß eine bestimmte obligatio aus derselben hervorgeht, die Beweislast doch den Gegner treffen muß, wenn nur die Veranlassung der Ausstellung der Schuldverschreibung so speciell erwähnt ist, daß im Falle eines dabei obwaltenden Irrthums dem Schuldner bestimmte Data um denselben aufdecken zu können, an die Hand gegeben sind. Hätte z. B. ein Kaufmann den Passivsaldo einer ihm von seinem Handlungsfreunde zugesandten Conto-Courant

---

[56]) Lauterbach colleg. lib. 12. tit. 6. §. 24. ibique Tabul. lit. B. et lib. 22. tit. 4. §. 39. in fin. — Hofacker principia Tom. 3. §. 3090.; — Gail observ. lib. 2. obs. 13. nr. 9.

Digitized by Google

brieflich anerkannt, und er wollte demnächst behaupten, es sei das indebite geschehen, so würde er den Beweis dieser seiner Behauptung übernehmen müssen, da er in der ihm eingehändigten Rechnung die einzelnen Posten verzeichnet besitzt, rücksichtlich deren der Irrthum vorgefallen seyn müßte, und derselbe sich mithin leicht aufdecken und nachweisen ließe.

§. 22.

Als daher in der, am 20sten Febr. 1826 von dem Oberappellationsgerichte entschiedenen Rechtssache des Wallersteinschen Contradictors c. Bing dem Letzteren, welcher im Concurse eine hypothekarische Forderung von 10,000 fl. liquidirt hatte, als deren Titel in der Insatzurkunde angegeben war, die Hypothek sey bestellt „um und für 10,000 fl. zu des Constituenten Nutzen, theils baar, theils in fälligen und zurück gegebenen Wechseln vorgeliehenen Geldes," von dem Contradictor eingewandt war, es sei in dieser Schuldverschreibung die causa debendi nicht gehörig angegeben, indem namentlich nicht gesagt worden, wie viel das baar, und wie viel das in zurückgegebenen Wechseln dargeliehene Geld betragen habe, auch sei die ganze Schuld nur zur Verkürzung der Gläubiger fingirt; so erachtete das Oberappellationsgericht, da das einschlagende frankfurtische Recht in diesem Stücke nur das gemeine wiederholt[57]), jene Angabe für speciell genug, und ließ daher dem Contradictor nur noch die Beweise des indebiti und der Simulation nach. In einer zweiten frankfurtischen Rechtssache, Benack c. Pflüger, wurde aus einer von dem Letzteren ausgestellten

[57]) Frankf. Reform. Th. 2. Tit. 17. §. 13, 14.; vgl. mit d. alt. Reformat. fol. 28. §. 4, 5, u. 7.

Digitized by Google

Schuldverschreibung geklagt, worin derselbe einen ihm an dem Tage von dem Gegner übergebenen Rechnungsauszug, nach welchem er demselben eine gewisse benannte Summe schuldig geworden sei, sowohl im Ganzen als in jedem einzelnen Posten als richtig anerkannt, und sich verpflichtet hatte, diese Summe nebst Verzugszinsen aufs baldigste abzutragen. Aus dieser Schuldverschreibung wurde nun, sogar unter Beifügung einer Abschrift des Rechnungsauszuges, gegen den Aussteller Klage erhoben, und vertheidigte sich derselbe unter andern damit, daß die causa debiti antecedens in der Urkunde nicht speciell angegeben, mithin dieselbe zum Beweise der aufgestellten Forderung nicht genügend sei, weshalb er auch eine Erklärung über die Aechtheit derselben ablehnte, und die Aechtheit des beigefügten Rechnungsauszuges in Abrede stellte, ohne gleichwohl den ihm zugestellten beizubringen. Mittelst Erkenntnisses vom 13ten Februar 1826 verurtheilte ihn aber das Oberappellationsgericht zu solcher Erklärung, und behielt ihm für den Fall, daß dieselbe anerkennend ausfallen sollte, nur den Beweis der Unrichtigkeit der Forderung vor.

§. 23.

Geht man nämlich von der gewöhnlichen Ansicht, weshalb eine cautio indiscreta zur Begründung der Klage für ungenügend gehalten wird, aus, so konnte die gedachte Schuldurkunde für eine cautio indiscreta überall nicht geachtet werden, da sie ein constitutum, also ein eine Klage begründendes Rechtsgeschäft enthielt, und wurde hierauf in den Entscheidungsgründen das hauptsächliche Gewicht gelegt, auch dabei zugleich bemerkt, daß in einem ähnlichen im römischen Rechte vorkommenden Falle an der generellen Bezeichnung der constituirten Forderungen kein

Digitized by Google

Anstoß genommen werde [58]). Legt man ferner die oben als die richtigere vertheidigte Ansicht der Sache zum Grunde, so mußte dieses zu demselben Resultate führen, da dem Schuldner, seinem eigenen Bekenntnisse in der Schuldverschreibung nach, zuvor ein specificirter Rechnungsauszug zugestellt, und ihm dadurch der Stoff, um den Beweis des behaupteten indebiti führen zu können, an die Hand gegeben war. Er mochte nämlich entweder darthun, daß ihm ein Rechnungsauszug überall nicht überreicht, mithin die angegebene Veranlassung zur Ausstellung der Schuldurkunde irrig oder fingirt gewesen sey; oder aber, daß in einzelnen Posten des ihm eingehändigten Rechnungsauszuges, den im Gerichte vorzulegen ihm ja unbenommen war, Irrthümer enthalten seien. Mit Recht wird daher auch von vielen Praktikern der Grundsatz aufgestellt, daß in einer Verschreibung, worin auf eine statt gehabte Berechnung Bezug genommen, und die verschriebene Summe als Resultat derselben bezeichnet ist, keine weitere specielle Angabe der causae debendi, was ja zu den größten Weitläuftigkeiten führen könnte, erforderlich sei [59]). Am wenigsten ließe sich dieses in einem Falle bezweifeln, wo der Saldo nicht durch eine reine Berechnung herausgebracht, sondern vergleichsweise festgesetzt worden ist, denn da gegen eine Klage auf das vergleichsweise Versprechen überall nicht eingewandt werden kann, daß man sich irrthümlich über

---

[58]) l. 47. §. 1. D. de pactis (2, 14.).

[59]) I. B. a. Wernher obs. for. p. 4. obs. 186. — de Berger electa proc. execut. §. 11. M. G. Wernher lectissimae commentat. lib. 12. tit. 1. §. 20.; — Cannegiesser Decis. Hasso-Cassel. Tom. 1. dec. 123.

Digitized by Google

ein indebitum verglichen habe [60]), so können dabei eben so wenig die Grundsätze der cautio indiscreta zur Anwendung kommen, als wie dieses nach den bestimmten Vorschriften des Rechts mit denen der querela oder exceptio pecuniae non numeratae der Fall ist [61]).

§. 24.

So wie übrigens schon bei den Römern das Bedürfniß, den Verkehr zu erleichtern, und den Credit aufrecht zu erhalten, Modificationen in Betreff der cautio indiscreta und der exceptio non numeratae pecuniae zu Gunsten der Argentarien herbei geführt hat [62]); so ist dasselbe auch bei uns der Fall gewesen. In den Wechselbriefen begnügt man sich bekanntlich mit einer auch nur ganz unbestimmten Angabe, die Valuta empfangen zu haben, und unterliegt es keinem Bedenken, daß, wenn der Wechselschuldner gegen solche Wechselgläubiger, wider welche dieses an sich statthaft erscheint, sich mit der exceptio non numeratae pecuniae oder indebiti vertheidigen, oder wider sie mit der querela non numeratae pecuniae oder der condictio indebiti klagbar werden wollte, ihn die Beweislast treffen muß; und deßhalb die Vollstreckung der übernommenen

[60]) l. 65. §. 1. D. de condict. indeb. (12, 6.); l. 78. §. 16. D. ad Sctum. Trebell. (36, 1.); l. 6. D. de iuris et facti ignorantia (1, 18.); l. 2. C. de transact. (2, 4.); l. un. C. de errore calculi (2, 5.); l. 2. C. de cond. indeb. (4, 5.). Görz commentat. de errore in transact. recte aestimando Norimberg 1797. 4. pag. 37.

[61]) l. 11. C. de n. n. pecunia (4, 30.)

[62]) Nov. 136. cap. 6; Thibaut Pandecten B. 3. §. 1180. a. E.; Unterholzner im Archiv. B. 7. S. 37, 38; Kraut de argentariis pag. 107.

Digitized by Google

Wechselverbindlichkeit, wenigstens gegen Caution, nicht aufgehalten werden darf [63]).

§. 25.

Weniger allgemein ist die Vorschrift, daß gegen Forderungen, welche in den öffentlichen Hypothekenbüchern verzeichnet stehen, oder über welche unter öffentlicher Auctorität Obligationen ausgefertigt worden sind, die Einrede des nicht empfangenen Geldes, so wie, wenn sie die causam debendi auch nicht speciell angeben, die exceptio indebiti doch nicht mit der Wirkung vorgeschützt werden kann, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Inscription oder die Verschreibung lautet, den Beweis, das Darlehn wirklich ausgezahlt oder in der That eine Forderung zu haben, übernehmen muß. Auch treten in solchen Fällen an sich die gesetzlichen Gründe, weshalb dem Gläubiger von den Gesetzen die Beweislast auferlegt worden ist, in völlig gleicher Maaße, als wie bei Privat-Schuldverschreibungen ein. Die Schwierigkeit für den Schuldner, die Negative, daß keine Schuld

---

[63]) Frankf. Wechsel-Ordn. Art. 33. 34. vgl. mit der Proz. Ordn. v. J. 1820. Art. 93. (Ges. u. Statut. Samml. B. 2. S. 158). v. Adlerflycht frankf. Privatr. Th. 3. §. 515. S. 972. — Brem. Wechs. Ordn. Art. 19. — Zusätze zur Hamburg. W. O. v. J. 1729. §. 2, 3. — J. Misler D. de querela et except. n. n. pec. in cambiali negotio, maxime ad iura Hamb. applicata. Giessae 1747. (Besecke thesaur iur. camb. Tom. 2. pag, 1098—1142). Klefecker Samml. der hamb. Ges. B. 3. S. 474 u. 476; B. 6. S. 638—43. — Lübische W. O. v. J. 1662 u. 1669. (in appendice statutor. pag. 56—49). wo freilich die exceptio n. n. pecuniae nicht, aber doch die exceptio doli als an sich gegen eine Wechselklage statthaft erwähnt wird. — Weimar. W. O. v. J. 1819. §. 141. — Hannov. W. O. v. J. 1822. §. 11 u. 52.

Digitized by Google

vorhanden, oder das versprochene Darlehn nicht ausgezahlt sei, darzuthun, ist hier eben so groß, als in dem letztgedachten Falle, und, so viel namentlich den Punkt des nicht gezahlten Geldes betrifft, so ist es gar nicht ungewöhnlich, daß der Gläubiger sich zuvor die Hypothek zuschreiben und die Verschreibung ausfertigen und einhändigen läßt, ehe er zur Auszahlung des versprochenen Darlehns schreitet [64]). Mithin kann auch der Umstand, daß er diese Handlungen vor einer öffentlichen Behörde vornimmt und respective dieselbe zur Vornahme derselben veranlaßt, nicht für ein glaubwürdigeres und bindenderes Bekenntniß, wirklich bereits das versprochene Darlehn ausgezahlt erhalten zu haben, angesehen werden, als wenn es in einer Privat-Schuldverschreibung abgelegt worden ist. Da nun das frankfurtische Recht, so wie es auch bei Verpfändungen die Angabe der Ursachen, warum die Hypotheken oder Pfandrechte constituirt werden, ausdrücklich verlangt [65]), so auch namentlich in Betreff der exceptio non numeratae pecuniae keine hievon abweichenden Bestimmungen aufstellt [66]), und nament-

[64]) Nach römischem Recht schließt die datio hypothecae die exceptio n. n. pecuniae überall nicht aus. l. 3. C. de n. n. pecun. (4. 30.) coll. l. 11. §. 2. D. de pignor. act. (13. 7); und erscheint das auch als völlig angemessen; weil der Anleiher die Hypothek eben so wie die Verschreibung mehrentheils gleich bei der Eingehung des Geschäfts zu ertheilen pflegt, mithin darin nicht, wie z. B. in einer Zinsenzahlung, eine selbstständige Anerkennung der Schuld enthalten ist.

[65]) Frankf. Reform. Th. 2. Tit. 17. §. 13. 14. vergl. mit der alt. Reform. fol. 28. §. 4. 5. — Orth Anmerk. z. Frankf. Reform. 1ste Forts. S. 383.

[66]) Zwar war von dem Profitenten auf die Raths Verordnung vom 24. Febr. 1631. Tit. Von Insätzen §. 3. (Beyerbach

lich auch die Schriftsteller über dieses Particularrecht jene Grundsätze in Frankfurt für völlig anwendbar erklären [67]), so konnte das Oberappellationsgericht in der bereits oben erwähnten Rechtssache des Wallersteinischen Contradictors c. Bing kein Bedenken tragen, dem Profitenten, der seine Forderung auf einen Protocollar-Extract des Hypothekenbuchführers, von welchem der Cridar die Schuld auf sein Haus hatte inscribiren lassen, gestützt hatte, dem aber innerhalb der zwei Jahre vom Contradictor die Einrede des nicht gezahlten Geldes opponirt war, den Beweis, das behauptete Darlehn wirklich gegeben zu haben, aufzuerlegen; insofern er nicht etwa nachzuweisen vermöchte, daß nach constantem frankfurtischen Gerichtsgebrauche die exceptio non numeratae pecuniae als s. g. privilegirte Einrede gegen Insatzbriefe nicht zugelassen werde.

§. 26.

Im hamburgischen und lübischen Rechte dagegen finden sich in der Hinsicht allerdings eigenthümliche Grundsätze. Nach beiden Rechten galt von Alters her das Prinzip, daß

Samml. der Frankf. Verordn. Th. 8. S. 1470.) Bezug genommen, wonach gegen eine Insatzklage nur die exceptio solutionis oder eine andere gleichmäßig im Rechte gegen offenbare Insätze gegründete Einrede zugelassen werden soll; allein dieses Gesetz konnte hier nicht in Betracht gezogen werden, da es den Insatzprozeß als eine Art des Executivprozesses behandelt, gegen eine Executivklage aber allerdings die exceptio n. n. pecuniae mit voller Wirkung vorgeschützt werden kann (s. oben Note 10); und da vor dem Ablaufe des biennii sich noch gar nicht von einem offenbaren Insatze oder einer offenbaren Forderung reden läßt. Vgl. Ludovici Civil-Proz. H. 3. §. 2.

67) Orth Anmerk. z. Frankf. Reform. 1ste Fortf. S. 328. — v. Adlerflycht, frankf. Privatr. Th. 2. §. 239. S. 394.

ein vor dem Rathe abgelegtes Schuldbekenntniß, oder geleistetes Versprechen, volle Gültigkeit und gewisser Maaßen die Kraft einer confessio in iure oder eines rechtskräftigen Erkenntnisses habe, und durch einen Auszug aus dem Stadtbuche, worin es eingetragen war, oder durch das Zeugniß der Rathsmänner unumstößlich bewiesen werde [68]). War nun aber ein solches Versprechen unanfechtbar, so konnte auch natürlicher Weise eben so wenig, wie dieses bei einem gerichtlichen Geständnisse im Prozesse der Fall seyn würde, darauf etwas ankommen, ob es discret oder indiscret lautete; und konnte eine querela oder exceptio non numeratae pecuniae dawider überall nicht zugelassen werden, weil dieses doch immer auf eine Anfechtung des Schuldbekenntnisses hinausgelaufen sein würde. Ferner wurden Verpfändungen von Immobilien in Lübeck ebenfalls durch förmliche Verlassung vorgenommen, und zwar konnten sie allein in dieser Form vorgenommen werden [69]), und

[68]) Hamb. Statut. v. J. 1270. VII., 3; v. J. 1292. C. 18; v. J. 1497. K. 10. — Lüb. Statut. v. J. 1235. Art. 63, 64. (DE WESTPHALEN monum. ined. III. 627); v. J. 1240. Art. 51, 53. (ibid. 645); Cod. BROK. I. 52, 54; II. 154, 180; III., 4, 21. — Vgl. das rev. lüb. R. lib. V. tit. 6. Art. 2. In den alten Statuten von Dortmund v. J. 1275 heißt es gerade in Beziehung auf Verkäufe und Verlassungen von Liegenschaften... „fiant in praesentia consulum in sede sedentium et coram ipsis omnimodo pertractentur, pertactata vero libro civitatis inserantur, ipsique libro insignita, temporibus se offerentibus, in huiusmodi casibus pro iudicato teneantur." (Dreyer Nebenstunden S. 423).

[69]) Lüb. Recht v. J. 1240. Art. 115. (DE WESTPHALEN III., 652); im Cod. BROK. I, 117, II, 97; III. 131. — Rev. lüb. Recht lib. 4. tit. 3. art. 1.

Digitized by Google

wenn dieses auch in Hamburg zur Gültigkeit der Hypothek nicht gerade nothwendig gewesen zu sein scheint[70]), so mag es doch wegen des sicherern Beweises und wegen des wenigstes später damit verbundenen Vorzuges vor anderen Hypotheken[71]), auch dort nicht selten geschehen sein. Da nun aber die Verlassung vor dem Rathe und zwar erst nach der Berichtigung des Preises für den zu verlassenden Gegenstand[72]) vorgenommen wurde, so lag in der Verlassung ein gehöriges Schuldenbekenntniß vor dem Rathe, und bedurfte es daher bei der Inscription eines verlassenen Pfandpostens in das Stadtbuch keiner speciellen Angabe einer causa debendi, und konnte auch keine Anfechtung des Geschäftes ob pecuniam cautam non numeratam, wenigstens nicht in der Maaße zugelassen werden, daß der Schuldner seines Bekenntnisses ungeachtet von dem Gläubiger den Beweis der wirklichen Auszahlung des Geldes verlangen durfte.

§. 27.

Von diesen Grundsätzen kommt nun, in Betreff der cautio indiscreta noch jetzt unbedenklich so viel zur Anwendung, daß es bei inscribirten Häuserpösten, außer denen der Gläubiger keine Schuldverschreibung zu erhalten pflegt, auf die Angabe einer causa debendi überall nicht ankommt. Diese Angabe ist in den Stadtbüchern Hamburgs und Lübecks völlig ungewöhnlich, und wenn man sie

---

[70]) S. die folg. Abhandl. §. 3—5.

[71]) Dieser Vorzug findet sich zuerst bestimmt ausgesprochen in den hamb. Statuten v. J. 1497. G. 3. a. E. Vgl. die neuesten Statuten Th. 2. Tit. 5. Art. 1; u. d. hamb. Landrecht Art. 39.

Digitized by Google

daher zur vollen Beweiskraft derselben verlangen wollte, so würde man damit die gesetzliche Vorschrift, daß jene Bücher einen unumstößlichen Beweis liefern sollen[73]) über den Haufen werfen; was doch allen Grundsätzen der Interpretation widersprechen würde. Auch fällt das in diesen beiden Städten Niemandem ein. Noch weiter geht übrigens das hamburgische Recht, indem es die alte obsolete Vorschrift von vor dem Rathe bekannten und in das Stadtbuch eingetragenen Schulden dahin erweitert hat, daß bei Schuld-Forderungen, die mit öffentlichen Briefen und Siegeln bewiesen werden können, es unschädlich sei, wenn darin die Ursache der Schuld auch nicht specificirt ist[74]). Was ferner die exceptio non numeratae pecuniae anbetrifft, so enthält das lübische Recht darüber keine eigenthümlichen Vorschriften, wohl aber hat das hamburgische Recht schon im Allgemeinen den besonderen Grundsatz, daß, wenn jene Einrede einer unläugbaren Schuldverschreibung entgegen gesetzt wird, der Aussteller derselben vor allen Dingen den Gläubiger befriedigen, und erst demnächst denselben wieder besprechen soll, wo dann freilich dieser den Grundsätzen des gemeinen Rechtes gemäß den Beweis der wirklichen Aus-

---

[72]) Hamb. Statut. v. J. 1270. I, 6; v. J. 1292. C. 2; v. J. 1497. G. 2. verbis: „so wan so id eme verghulden is."

[73]) Hamburg. Statut. Th. 1. Tit. 30. Art. 3; Th. 2. Tit. 4. Art. 4 u. 5. Receß v. J. 1618. Art. 1. (im Anhange d. Statut. S. 100). Lüb. Statut. lib. 5. tit. 6. art. 1.

[74]) Hamb. Statut. Th. 1. Tit. 20. Art. 2. coll. Tit. 30. Art. 6. Uffelmann D. de exception. contra instrumenta guarentigiata occasione P. 1. Stat. Hamburg. tit. 20. art. 2. Ultraiecti 1710. Klefecker Samml. d. hamb. Ges. B. 3. S. 559. coll. 610.

Digitized by Google

zahlung des Darlehns übernehmen muß, wenn das biennium noch nicht verlaufen ist [75]).

§. 28.

Ob und mit welcher Wirkung gegen das Stadtbuch die querela oder exceptio non numeratae pecuniae gebraucht werden könne, darüber findet sich weder im hamburgischen noch im lübischen Rechte eine ausdrückliche Vorschrift; und da nun jetzt in diesen Rechten keine Bestimmung, daß die Verlassung erst auf die Berichtigung des Preises folgen soll, mehr anzutreffen, auch es wohl nicht ohne Beispiel ist, daß die Auszahlung erst nach der Zuschrift des Postens erfolgt, und das lübische Recht sogar dritten Gläubigern, wenn sie eine Collusion bei der Pfandbestellung zu ihrer Verkürzung behaupten, dem Creditor einen Eid darüber abzufordern gestattet, daß ihm das Erbe für rechte Schuld verpfändet worden sei [76]), so könnte man nicht abgeneigt sein, hier durchaus die Grundsätze des gemeinen Rechtes zur Anwendung zu bringen. Dennoch aber muß dieses für völlig unstatthaft gehalten, und kann dem Gläubiger, dem bereits im Stadtbuche ein Posten zugeschrieben worden ist, kein Beweis über die wirkliche Auszahlung des Darlehns mehr angesonnen werden [77]). Denn der Grundsatz, daß die Verpfändung liegender Gründe und

---

[75]) Hamburg. Statut. Th. 1. Tit. 24. Uefelmann l. c. §. 41—45 Klefecker a. a. O. B. 3. S. 579.

[76]) Lüb. Recht lib. 3. tit. 4. art. 1. vgl. mit dem Cod. v. 1240. Art. 18. (de Westphalen III, 641); Cod. Brok. I, 18; II, 82; III, 115.

[77]) Dahin hat sich auch bereits das OAGericht in seinen Entscheidungsgründen zum Erk. v. 3ten Febr. 1827. J. S. Arends c. Hintzelmann ausgesprochen.

Digitized by Google

stehender Erbe vor dem Rathe kräftig und beständig sein [78]) und darauf stet und fest gehalten werden soll [79]), bringt es mit sich, daß das in solcher Weise vollzogene Geschäft ohne Weiteres für ein rechtsgültiges geachtet werde; und der Richter, welcher nun gleichwohl auf das Verlangen des Schuldners eingehen und dem Gläubiger den Beweis der numeratio auferlegen wollte, würde offenbar, gegen das Gesetz, nicht fest auf die vorgenommene Verpfändung halten. Noch klarer und bestimmter aber spricht sich dieses durch den Gang des Geschäftes aus; indem weder bei der Verlassung noch bei der demnächstigen Zuschreibung des Postens über die Berichtigung des Darlehns das Mindeste erwähnt, noch endlich außerdem eine besondere Quittung darüber gefordert oder gegeben; mithin die Verlassung und Zuschreibung des Postens als ein Akt, der alle jene sonst für den Darleiher nothwendigen Vorsichtsmaaßregeln überflüssig macht, angesehen wird. Wenn es daher ferner in den Gesetzen heißt, daß das Stadtbuch und ein Extract aus demselben in gehöriger Form einen völlig genügenden Beweis liefern [80]), so ist dieses nicht bloß darauf, daß wirklich eine Verpfändung vorgenommen, zu beschränken, sondern dahin zu verstehen, daß damit zugleich der Beweis einer rechtsbeständigen Verpfändung erbracht werde. So wie der Wechsel zur Sicherung des persönlichen Credits dient, so soll das Stadtbuch den Realcredit unerschütterlich garantiren; und es können daher gegen dasselbe keine solchen Zweck

---

[78]) Lüb. Recht lib. 3. tit. 4. art. 1. init.

[79]) Hamburg. Receß v. J. 1618. Art. 1. a. E. (im Anhange d. Statuten S. 100).

[80]) S. oben Not. 78.

Digitized by Google

hindernde Einreden zugelassen werden. Freilich gewährt das Stadtbuch nach lübischem Rechte erst dann diese vollständige Sicherheit, wenn das darin Zugeschriebene respective in vier Wochen und binnen Jahr und Tag nicht angefochten worden ist, und dasselbe Princip galt nach dem älteren hamburgischen Rechte, bis der Receß vom Jahre 1618 Zuschreibungen von Liegenschaften in der Regel, und von Renten und Pfandposten ohne Ausnahme sofort für unanfechtbar erklärte; und möchte man daraus folgern, daß doch nach lübischem Rechte noch binnen Jahr und Tag die querela und exceptio non numeratae pecuniae mit der ihnen im gemeinen Rechte beigelegten Wirkung zulässig seien. Allein diese in den Gesetzen gestattete Anfechtung des verlassenen und zugeschriebenen Postens ist nur Dritten, deren Rechte der Veräußernde dadurch kränkt, aber nicht diesem Letzteren selbst eingeräumt; dieser muß vielmehr den von ihm selbst vorgenommenen Akt sofort wider sich gelten lassen.

§. 29.

Eine andere Frage ist die, ob der Schuldner selbst dann nicht mit dem Einwande eines Irrthums oder des nicht erhaltenen Geldes gehört werden kann, wenn er dieserhalb den Beweis übernehmen will. Wäre aber der Posten von dem Creditor bereits weiter veräußert, und, wie dieses auch in einem solchen Falle erforderlich ist, dem Dritten förmlich verlassen und zugeschrieben, so würde nunmehr der Schuldner nach dem neueren hamburgischen Rechte sofort, und nach dem lübischen Rechte nach Verlauf von Jahr und Tag nicht mehr berechtigt sein, gegen den genannten Dritten jene Einwendungen geltend zu machen, weil der Schuldner und Verpfänder Jenem gegenüber als ein tertius erscheint, der nach jener Frist mit einer Anfechtung des Geschäftes

Digitized by Google

überall nicht mehr gehört werden soll. Denn, wie es in einem Erkenntnisse, der hamburgischen Prätur sehr richtig ausgedrückt war, nach dem Geiste und der in der täglichen Praxis befolgten Auslegung der hamburgischen — (und dasselbe gilt von der lübischen) — Gesetzgebung muß der ganze Umfang der mit dem im Stadterbebuche versicherten Posten verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Extracte zu ersehen sein, wenn dieselben gegen Dritte in Betracht kommen sollen [81]). Befindet sich aber der Posten noch in den Händen dessen, dem er von dem Eigenthümer das Erbe selbst zugeschrieben worden ist; so muß der Letztere, wenn auch bei vorhandener Illiquidität jener Einwendungen nur in separato, und ohne daß dadurch der Gläubiger in der Verfolgung des ihm zugeschriebenen Rechtes aufgehalten werden darf, mit der Ausführung derselben allerdings zugelassen werden. Das bringen an sich die Grundsätze des Pfandcontractes unbezweifelt mit sich [82]), und die Auctori-

[81]) Während daher das hamburg. Recht sonst den Cessionar anweist, sich bei dem debitor cessus zu erkundigen, ob er auch Einreden gegen die Schuld habe (hamb. Statut. Th. 1. Tit. 12. Art. 3.), so braucht er bei Häuserposten nur das Stadtbuch zu fragen, und ist es Sache des Schuldners, sich mit Clauseln im Stadterbebuche vorzusehen, oder auf die Verlassung zu achten, und dort sein Interesse zeitig wahrzunehmen. Erk. d. OAGerichts vom 14. Dec. 1822, J. S. Ortitz c. Curat. bon. von Flickwier.

[82]) Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor, et nulla solutione facta: Idemque et si accepto latâ sit pecunia, vel conditio defecit ob quam pignus contractum est, vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est... l. 11. §. 2. D. de pigneratitia actione (13, 7).

Digitized by Google

tät des Stadtbuches steht dem nicht entgegen. Denn dieses liefert nur einen unwiderleglichen Beweis darüber, daß der Schuldner, Schuldner zu sein bekannt, und daß er wirklich den Posten dem Gläubiger verlassen und zugeschrieben hat. Die Behauptung, hiezu nur durch einen Irrthum veranlaßt worden zu sein, berührt mithin das Stadtbuch überall nicht, sondern betrifft etwas außerhalb demselben Liegendes, was nur aus materiellen Gründen zur Rescission des vorgenommenen Geschäfts führt. Und dasselbe gilt auch von dem Falle, wenn der Schuldner behauptet, mit dem Gläubiger dahin übereingekommen zu sein, daß demselben zuvor der Posten verlassen und demnächst erst das Darlehn ausgezahlt werden solle.

§. 30.

Das aber ist keinesweges den bei den Stadtbüchern befolgten Grundsätzen entgegen, aus persönlichen Verhältnissen, welche zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehen, Ansprüche geltend zu machen, welche dahin führen, daß Ersterer den ihm zugeschriebenen Posten wieder tilgen lassen, oder sich der Kündigung desselben, oder einer anderen Disposition darüber enthalten muß. Finden solche Vereinbarungen nach der Verlassung und Zuschreibung des Postens statt, so leidet es nicht den mindesten Anstand, daß, wenn auch dieserhalb — was freilich das Sicherste ist — dem Posten im Stadterbebuche keine Clausel beigefügt wurde, dieselben doch gegen den Promittenten selbst, und bei erfolgter zeitiger Anmeldung auch wohl selbst gegen den dritten Erwerber des Postens geltend gemacht werden können[83]);

[83]) Arg. l. 11. §. 8. D. de interrogat. in iure (11, 1) verbis: „quod ea, quae postea emergunt, auxilo indigent. Mevius ad ius

denn sonst würde ja selbst eine, nicht am Stadtbuche gegen sofortige Tilgung des Postens geleistete Zahlung, nicht zu einer Klage auf die Tilgung benutzt werden können; was doch Gesetz und Praxis ohne Anstand gestatten [84]). Dasselbe muß aber auch von einer Anfechtung ex causa antecedente gelten, da das materielle Recht ja selbst gegen eine unrichtige confessio in iure geschützt wird, wenn gehörige Gründe dazu vorhanden sind [85]), und da es im Falle

Lubec. lib. 5. tit, 6. art. 1. nr. 36. Stein Abhdl. d. lüb. Rechts Th. 4. §. 149, 199, 200. Thesaurus iur. prov. et statutarii Tom. 2. pag. 123 not. *), 607. So wurde namentlich in Hamburg, als dort ein gewisser Flickwier, der bedeutende Liegenschaften besaß, insolvent geworden, und unter den Gläubigern die Vereinbarung getroffen war, daß jene Liegenschaften, die bedeutende Einkünfte abwarfen, nicht veräußert sondern administrirt werden sollten, weshalb die hypothecarischen Gläubiger auf die Kündigung ihrer Pfandposten Verzicht geleistet, solches aber im Stadterbebuche mittelst einer Clausel nicht hatten verzeichnen lassen; solche Vereinbarung sogar gegen den Cessionar einiger dieser Posten, de Vivanco, durch die conformen Erkenntnisse des Niedergerichts vom 27sten Nov., und des Obergerichts vom 22sten Dec. 1820 aufrecht erhalten, weil derselbe nicht eidlich zu erhärten vermochte, daß ihm die Vereinbarung der Flickwierschen Gläubiger zur Zeit seines Erwerbes jener Posten unbekannt gewesen sey. — Und als demnächst diese Posten weiter veräußert, und in die Hände eines Ortiz gekommen waren, der nun zur Kündigung derselben schritt, so erklärte das OAGericht in seinem Erkenntnisse vom 14ten Dec. 1822. die Kündigung zwar wohl für gültig, behielt aber den Flickwierschen Güterpflegern die Geltendmachung ihrer illiquiden Einrede, daß auch Ortiz die Vereinbarung gekannt habe, in separato vor.

[84]) Hamburg. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 4.

[85]) L. 11. §. 3, 8, 10 D. de interrogat. in iure (11, 1.), l. 2. D. de confessis (42, 2.); c. 3. X. eod. (2. 18).

Digitized by Google

der pecunia cauta non numerata auf eine wahre Begünstigung des dolus des Gläubigers hinauslaufen würde, wenn man dem Schuldner den Beweis, das versprochene Darlehn nicht erhalten zu haben, ganz abschneiden wollte. Dagegen aber muß der Schuldner, der sein im Stadtbuche abgelegtes Bekenntniß anfechten will, allerdings einen sehr klaren Beweis seines Irrthums oder des nicht gezahlten Geldes führen, wenn er damit gehört werden will[86]); weshalb denn auch, wenn z. B. ein Theil des Postens erst später ausgezahlt werden soll, der Verpfänder sich hierüber einen Revers vom Darleiher geben zu lassen pflegt. Uebrigens ist diese Anfechtung nur auf die dabei bereits im gemeinen Rechte angeordneten besonderen Fristen beschränkt, keinesweges aber auf die in den Statuten erwähnten Jahr und Tag, denn diese gelten nur für die Einsprache, welche etwa Dritte gegen die Verlassung und Zuschreibung des Postens erheben möchten; ihr Ablauf hebt aber nicht die persönlichen Ansprüche des Schuldners an den Gläubiger auf.

§. 31.

Endlich ist es bei der exceptio und querela non numeratae pecuniae noch eine bekannte Streitfrage, ob nach dem Ablaufe des von Justinian dafür angeordneten

---

[86]) Arg. l. 25. §. 4. D. de probat. (22, 3.); l. 13. C. de n. n. pecunia (4, 30); c. 14. X. de fide instrument. (2, 22). Nach diesen Gesetzen, und nach den hamburg. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 4. dürfte es Vieles für sich haben, keinen Zeugen- sondern nur einen Urkundenbeweis zuzulassen. Höchstens könnte man arg. Nov. 136. cap. 6, und d. lüb. Rechts lib. 3. tit 4. Art. 1. eine Eidesdelation gestatten; und selbst das ist höchst bedenklich.

Digitized by Google

biennii der Anleiher, wenn er den Beweis der unterbliebenen Auszahlung des Darlehns übernehmen will, damit überall noch gehört werden könne [87]). Beurtheilt man diese Frage zuvörderst bloß nach theoretischen Gründen, so möchte daraus, daß nach Ablauf der zwei Jahre keine Eidesdelation des Schuldners an den Gläubiger mehr gestattet sein soll [88]), nichts zu folgern sein, da jetzt jedenfalls die Urkunde für den Gläubiger einen an sich genügenden Beweis macht, man aber dem, welcher einen vollständigen Beweis für sich hat, keinen Eid mehr deferiren kann [89]). Auch daraus, worauf Manche [90]), die dem Schuldner nun keinen Beweis mehr gestatten wollen, ein entscheidendes Gewicht legen, daß Justinian nach Ablauf der zwei Jahre eine literarum obligatio annimmt [91]), dürfte nicht viel zu folgern sein.

---

[87]) Für die Bejahung der Frage erklären sich besonders Mevius (Decisiones P. 2. dec. 22); Pufendorf (observat. tom. 1. obs. 64. §. 3.); Meurer (juristische Abhandl. nr. 2.); Glück (Commentar d. Pandekten B. 12. §. 787. S. 168—173.); Fr. Maier (de vera exceptionis n. n. pecuniae indole. Wirceburgi 1815. 8); Unterholzner (Archiv f. d. civil. Praxis B. 7. S. 49—59.), und Kraut (de argentariis pag. 103, 4). Dagegen aber wollen dem Schuldner, selbst nach heutigem Rechte, jenen Beweis überall nicht mehr gestatten, Donellus (ad l. 8. C. de n. n. pecunia), Vinnius (selectae quaest. lib. 1. cap. 41.); Reinharth (ad Christinaeum Vol. 1. obs. 42); Ioh. Slüter D. de exceptione n. n. pecuniae. Giessae 1742. §. 15—21; und Pfeiffer (vermischte Aufsätze S. 176 ff.)

[88]) L. 14. §. 3. C. de n. n. pecunia (4, 30).

[89]) S. Abhdl. 15. §. 4.

[90]) z. B. Vinnius l. not. 87. cit. u. Schweppe römisches Privatrecht §. 452.

[91]) §. un. I. de literar. obligat. (3, 22); ibique Theophilus.

Denn, obwohl es gewiß im hohen Grade bedenklich erscheinen muß, wenn man dieses Argument auf die Weise beseitigen will, daß damit nur eine nicht eben genau richtige bloß wissenschaftliche Ansicht habe aufgestellt, und es sicher nicht habe gestattet werden sollen, nunmehr seine Klage mit frecher Stirne bloß auf die Schuldverschreibung, ohne zugleich die numeratio pecuniae zu erwähnen, zu gründen; so könnte jener Ausspruch Justinians doch immer dahin verstanden werden, daß nunmehr eine bloß durch das chirographum zu begründende, nicht mehr durch das bloße Vorschützen der exceptio non numeratae peniae zu elidirende obligatio, gleich der ex stipulatione eintreten solle, womit denn noch keineswegs darüber abgesprochen wäre, daß der Klage aus jener obligatio nicht mit einer vom Schuldner gehörig zu erweisenden exceptio doli begegnet werden könnte[92]). — Abgesehen nun von diesen nichts entscheidenden Momenten, so bleiben dafür, dem Schuldner annoch mit dem Einwande und dem Beweise, überall das versprochene Darlehn nicht erhalten zu haben, zuzulassen, nur folgende Gründe übrig; einmal daß, wenn auch die begünstigte exceptio non numeratae pecuniae nach zwei Jahren wegfällt, doch dann noch die schon ursprünglich in einem solchen Falle gegen die actio ex stipulatu oder die petitio certi ex chirographo statthafte, auf keine Zeitfrist beschränkte exceptio doli gebraucht werden könne; daß zweitens in den Fällen, wo von Anfange an die exceptio non numeratae pecuniae nicht statt finden solle, doch unmöglich die Meinung dahin

[92]) Unterholzner a. a. O. S. 52, 53; und Kraut l. c. Vgl. Not. 87.

Digitized by Google

gehen könne, daß der Schuldner zu gar keinem Gegenbeweise wider das in der Verschreibung abgelegte Empfangsbekenntniß zugelassen werden solle, gleichwohl diese Fälle mit dem, wo jene an sich statthafte Einrede durch den Ablauf der Zeit ausgeschlossen sei, ganz gleich gestellt würden; und endlich, daß es ganz wider Treue und Glauben verstoßen würde, wenn Jemand etwas zurück zahlen sollte, was er nicht empfangen habe [93]).

§. 32.

Diese Argumente sind aber nicht durchgreifend. Daß es noch jetzt außer der exceptio non numeratae pecuniae eine davon in den Wirkungen verschiedene exceptio doli gebe, läßt sich nicht zugeben, vielmehr stellt die l. 3. C. de non numerata pecunia, welche diese beiden Einreden dem Schuldner elective ertheilt, sie in ihren Wirkungen einander völlig gleich; und es findet sich keine Spur, daß die exceptio doli noch zugelassen worden sei, nach-

[93]) Außerdem beruft sich Unterholzner a. a. O. S. 50 noch auf die Analogie der l. un. C. Th. si certum petatur (2, 27); indem er darin die Vorschrift findet, daß einer Urkunde nach 20 oder 30 Jahren die Einrede der Unächtheit nicht entgegengesetzt werden könne, sondern dann ohne Weiteres gezahlt werden müsse, gleichwohl in separato das Gezahlte solle zurück gefordert werden dürfen; allein diese Constitution ist ganz unrichtig ausgelegt. Sie sagt vielmehr gerade umgekehrt, wenn 20 oder 30 Jahre aus der Urkunde nicht geklagt ist, so brauche der ihre Aechtheit bestreitende Schuldner nicht vorläufig das Geld ins Sequestrum zu zahlen, wie dieses bei einer früheren Anstellung der Klage nothwendig war, sondern der Kläger müsse erst anderweitige Beweise der Forderung beibringen. (Gothofredus ad Cod. Theodos. Tom. 1. pag. 248). Dies hat also mit unserm Falle gar nichts gemein.

Digitized by Google

dem die Zeiten der exceptio non numeratae pecuniae bereits verflossen waren. Man muß vielmehr annehmen, daß die erstere gänzlich in die letztere verschmolzen worden sei; wie denn an der Stelle, wo Gaius bloß der exceptio doli Erwähnung thut, in den Justinianeischen Institutionen lediglich die exceptio non numeratae pecuniae genannt wird [94]). Ferner muß freilich in den Fällen, wo die exceptio non numeratae pecuniae von Anfange an nicht gestattet sein soll, doch noch eine Bestreitung der ausgestellten Schuldverschreibung zugelassen werden; allein das gehört dann in die Kategorie der in l. 25. §. 4. D. de probat. erwähnten Fälle, und werden diese mit unsern Fällen nur insoweit gleich behandelt, als in beiden keine Eidesdelation an den Gläubiger gestattet wird; natürlich, weil diesem ein voller Beweis zur Seite steht. Daraus läßt sich aber keineswegs allgemein folgern, daß gegen die beiderlei Urkunden nun auch dieselben Beweise zulässig seien; und erscheint es in der That nicht unnatürlich, daß der Gläubiger, welcher sich anfangs die Begünstigung des Schuldners durch die exceptio non numeratae pecuniae gefallen lassen mußte, nachher dadurch, daß jede Einrede der Art wegfällt, entschädigt wird. Und wenn es endlich auch unbillig ist, daß Jemand ein nicht empfangenes Darlehn zurück zahlen muß, so ist die Besorgniß, daß dieses eintreten werde, nicht eben groß, da es nicht leicht der Fall sein wird, daß Jemand Jahre lang den Schuldschein in der Hand des Gläubigers läßt, wenn er von demselben das versprochene Darlehn nicht erhalten hat. Auf der andern Seite aber erscheint es zur Aufrechthaltung des Cre-

[94]) Gaii Inst. IV, 116. coll. §. 2. I. de exception. (4, 13).

dits wesentlich, nach so langer Zeit den Gläubiger endlich gegen die Ausflüchte eines chikanirenden Schuldners dadurch sicher zu stellen, daß dieser mit solchen Ausflüchten nun überall nicht weiter gehört wird; und verdient diese Rücksicht wohl das Uebergewicht gegen die Besorgniß, daß dadurch in einem einzelnen Falle ein sorgloser Anleiher betrogen werden könne.

§. 33.

Wird nun dieser letztere Gesichtspunkt bei der Vorschrift in einer Constitution von Honorius ausdrücklich hervorgehoben [95]), wird ferner bei der unserm Falle so nahe verwandten und ganz analogen exceptio non numeratae dotis nach Ablauf der geordneten Frist ein solcher Gegenbeweis nach klarer gesetzlicher Vorschrift überall nicht mehr zugelassen [96]), heißt es außerdem in mehreren Stellen ganz ausdrücklich, daß nach Ablauf der zwei Jahre der Schuldner *nullo modo* exceptionem non numeratae pecuniae introducere possit, sondern *omnimodo* debitum solvere compellatur [97]), und wird alsdann in der l. ult. C. de condiction. ex lege die Rückforderung der Verschreibung als einer ungültigen für gänzlich unstatthaft erklärt; so läßt sich, wenn man nicht mit Meurer eine Menge von Umständen, wovon im Gesetze kein Wort steht, in dasselbe willkührlich hineintragen, oder mit Unterholzner das „omnimodo" durch „in der Regel" übersetzen will, in

---

[95]) L. un. C. Th. cit. verbis: „si iure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum....

[96]) Nov. 100. cap. 1.

[97]) L. 8, l. 14. pr. §. 3, 4. C. de n. n. pecunia (4, 30).

Digitized by Google

dem Gesetze nach allen Grundsätzen der Interpretation kein anderer Sinn finden, als der, nach Verlauf von zwei Jahren solle jene Einrede ganz und gar nicht, also auch nicht mit Uebernahme der Beweislast mehr gestattet werden. So nehmen es denn auch Theophilus [98]), und die Basilica [99]). Was endlich noch die theoretischen Gründe, die man gegen die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift gewöhnlich geltend macht, anbetrifft, so sind diese sämtlich von geringer Erheblichkeit und bereits von Anderen, namentlich von Vinnius, Reinharth und Pfeiffer a. a. O. gründlich wiederlegt worden.

§. 34.

Dagegen aber läßt es sich nicht in Abrede stellen, daß über diese Frage von jeher verschiedene Ansichten statt gefunden haben [100]), und daß, wenn auch die richtigere Meinung keinesweges ganz aus der Praxis verschwunden ist [101]), dennoch die mehr verbreitete Meinung dahin geht, daß man jetzt in den Gerichten den Schuldner nach Ablauf des biennii noch mit dem Gegenbeweise der nicht erhaltenen Valuta zuzulassen pflege [102]). In Hamburg ist dieses durch ein

98) Theophilus ad §. 3. I. de except. (4. 13).

99) Basilica lib. 23. tit. 1. cap. 70 in fin. cap. 72. (edit. Fabroti Tom. 3. pag. 329).

100) Scholia ad Basilica Tom. 3. pag. 355, 6; 362. Glossa ad l. 14. pr., §. 3. C. de n. n. pec. (4, 30). Azo in Summa Codicis ad tit. d. n. n. pec. nr. 6.

101) Wernher observat. for. P. 1. obs. 6. Hommel rhapsodia quaest. Vol. 1. obs. 250.

102) S. oben Not. 87.

Digitized by Google

ausdrückliches Gesetz so bestimmt [103]). Wo es aber an einem solchen Gesetze fehlt, da muß bei einem Punkte, der von jeher allgemein für so zweifelhaft gehalten worden ist, wie dieser, zunächst auf dasjenige gesehen werden, was dort das Herkommen und der Gerichtsgebrauch mit sich bringen. Da nun in Frankfurt eine gesetzliche Vorschrift hierüber nicht vorhanden ist; auch es an Zeugnissen darüber, ob dort in der Hinsicht ein Gerichtsgebrauch bestehe, fehlte [104]), so verwarf das Oberappellationsgericht am 7ten Febr. 1824 J. S. Meisinger c. Lindheimer, zwar die vom Beklagten post biennium vorgeschützte exceptio non numeratae pecuniae gänzlich, aber nur insofern er nicht den zwiefachen Beweis zu erbringen vermöchte, daß er keine Valuta erhalten habe, und daß dieser Beweis nach den in Frankfurt befolgten Grundsätzen für zulässig erachtet werde.

---

[103]) Hamburg. Statut. Th. 1. Tit. 24. a. E. vgl. mit Sluter l. not. 87. cit §. 23—25.

[104]) Vgl. Orth Anmerk. z. Frankf. Reform. 1ste Forts. S. 545; 4te Forts. S. 659. v. Adlerflycht frankf. Privatr. Th. 4. §. 515.

Digitized by Google

XIX.

Von der Gültigkeit und der Kraft stillschweigender und Privat-Hypotheken an Immobilien nach hamburgischem Rechte.

---

§. 1.

Bei dem großen Werthe, den man in Deutschland von jeher auf die Immobilien gelegt hat, ist stets eine besondere Sorgfalt darauf verwandt worden, die Veräußerungen derselben in einer solchen Form vorzunehmen, daß dritte Personen, die an dieselben Rechte und Ansprüche hatten, von der Veräußerung zeitig Kenntniß erhielten, um dabei das zur Wahrung ihres Interesse Erforderliche besorgen zu können, und daß zu gleicher Zeit die dritten Erwerber der Liegenschaft solchen Erwerb mit Sicherheit vornehmen konnten, ohne hinterher durch die ihnen unbekannten Ansprüche Anderer gefährdet zu werden. Unser einheimisches Recht gewährt in dieser Hinsicht Vortheile, welche dem Systeme des römischen Rechtes fremd sind, nach welchem für den Erwerber oder Pfandgläubiger bei Liegenschaften sowohl als bei Mobilien, immer die Gefahr bleibt, daß hinterher ein Dritter sich als Eigenthümer oder früherer hypothecarischer Gläubiger legitimire und ihn so wieder um das erworbene Recht bringe. Der Real-Credit, den das germanische Recht gewährt, beruht nun aber im Wesentlichen darauf, daß

Digitized by Google

Veräußerungen und Verpfändungen von Immobilien offenkundig und unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden, und daß man öffentliche Bücher hat, worin wenigstens die Eigenthums- und Pfandrechte, welche an der Liegenschaft statt finden, verzeichnet stehen, so daß daraus Jeder, den es interessirt, die Rechte der Liegenschaft kennen lernen kann und sich darnach richten darf, wenn er solche Liegenschaft, oder hypothecarische Rechte daran erwerben will. Wo nun aber diese Einrichtung besteht, da erfordert es der öffentliche Credit, daß nur solche Rechte an der Sache gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden können, die entweder aus dem öffentlichen Buche selbst zu ersehen sind, oder die wenigstens von den Berechtigten zeitig angemeldet werden, während ihm sein Recht in der vorgeschriebenen öffentlichen Form constituirt wurde.

§. 2.

Geht man nun von dieser Grundansicht der Sache aus, und macht davon die Anwendung auf Hypotheken, die an Liegenschaften constituirt werden, so ergiebt der Geist der germanischen Einrichtung auf jeden Fall soviel, daß der Käufer einer Liegenschaft keine hypothecarischen Rechte daran gegen sich gelten zu lassen braucht, die weder aus dem öffentlichen Buche zu ersehen sind, noch bei der Veräußerung der Liegenschaft an ihn, in einer gewissen Frist angemeldet werden; so wie, daß derjenige, welcher sich unter öffentlicher Autorität ein Pfandrecht an der Liegenschaft hat constituiren lassen, selbst älteren Pfandrechten den Vorrang nicht einzuräumen braucht, wenn diese nicht aus dem öffentlichen Buche hervorgehen und auch nicht zur Zeit des Erwerbes *seiner* Hypothek gehörig angemeldet werden. Im Uebrigen aber ist mit dieser Einrichtung ein zwiefaches

Digitized by Google

System des Rechtes vereinbar. Die Gesetzgebung kann entweder zur Vereinfachung der Sache und zur strengen Aufrechthaltung des Princips die Verordnung treffen, daß keine Hypothek Rechtsbestand haben soll, die nicht unter öffentlicher Autorität constituirt und in die Bücher eingetragen worden ist, so daß stillschweigende und Privatverpfändungen an Immobilien gar nicht gestattet werden. Sie kann aber auch diese letzteren neben den öffentlichen Verpfändungen zulassen, nur daß dann diese einen Vorzug genießen und daß ihre eigene Wirksamkeit gegen Dritte auf eine solche Weise eingeschränkt wird, daß der öffentliche Real-Credit darunter nicht leidet. — Das lübische Recht hat hier die zuerst erwähnte strengere Theorie befolgt und schon von Alters her den Grundsatz aufgestellt:

„De ein vorkofft erue will uplaten, edder ein erue stetten will, de schall beyde don vor deme sittende rade, so is dat stede unde vast“ [1]).

und obwohl Mevius [2]) behauptet, diese Vorschrift ertheile nur den öffentlichen Hypotheken an Liegenschaften einen Vorzug, so ist doch diese Meinung weder durch die Gesetze begründet, indem nirgends in den lübischen Statuten Privat- und stillschweigende Verpfändungen erwähnt werden, noch in der Praxis befolgt, welche außer den im Stadtbuche verzeichneten Hypotheken nur noch persönliche Vorzugsrechte kennt, die Jemandem an den Verbesserungsgeldern der Liegenschaften zustehen können.

[1]) Lübisches Recht v. J. 1240. Art. 115. coll. 18. (de Westphalen III, 652 u. 641); Cod. Brok. I, 117. coll. 18; II, 97. coll. 82; III, 131. coll. 115. Revid. Lüb. R. lib. 3. tit. 4. art. 1.

[2]) In commentario ad ius Lub. l. c. nr. 58—65.

Digitized by Google

§. 3.

Welche Ansicht dagegen dem hamburgischen Rechte zum Grunde liegt, soll im Folgenden näher untersucht werden. Gehen wir hiebei auf das ältere Recht zurück, so findet sich nirgends der Grundsatz ausgesprochen, der bei der Eigenthumsübertragung einer Liegenschaft allerdings aufgestellt ist [3]), daß ein Pfandrecht an derselben nur durch öffentliche Verlassung und demnächstige Zuschreibung im Stadterbebuche erworben werden könne. Vielmehr wird die Verpfändung der Liegenschaft mit einem darüber abgeschlossenen Kaufcontracte, der wie im römischen Rechte gegen den Verkäufer nur einen Anspruch auf die Eigenthumsübertragung ertheilt, zusammengestellt, und über beide der Grundsatz sanctionirt, daß wer die erste Verpfändung (den ersten wedbescat) oder den früheren Kauf beweisen könne, den Vorzug vor dem späteren Pfandgläubiger oder Käufer haben solle; ohne daß hier, wie das beim Kaufe auch ganz unmöglich wäre, ein Beweis durch das Stadterbebuch, als der ausschließlich zulässige, verlangt würde [4]). Obwohl man daher auch bei der Verpfändung von Liegenschaften, insoferne ihnen die Qualität von Erbgütern zukam, nur dann die Verpfändung als rechtsbeständig gelten ließ, wenn die Erben ihre Zustimmung dazu ertheilt hatten [5]), und insoferne für den Pfandgläubiger so wie für die Erben das Bedürfniß einer öffentlichen, ihre Rechte sichernden Form, die Hypothek zu

[3]) Hamburg. Statut. v. J. 1270. I. 6; v. 1292. C. 2; v. 1497. G. 2.; v. 1603. Th. 1. Tit. 8. Art. 6, 7.

[4]) Hamburg. Statut. v. 1270. I, 7. coll. 11; v. 1292. C. 3. coll. 7. v. 1497. G. 3. coll. B. 4. Vgl. die revid. Statut. Th. 2. Tit. 5. Art. 1 u. 13. coll. Tit. 8. Art. 18.

[5]) Hamburg. Statut. v. J. 1270. I. 8.; 1292. C. 4.; 1497. G. 5.

Digitized by Google

constituiren, obwaltete, so war doch wenigstens die Beobachtung solcher Form zur Erwerbung des Rechtes an sich nicht nothwendig, sondern sie diente nur dazu, dem Gläubiger ein sicheres Recht zu verschaffen, was demnächst von Dritten nicht mehr angefochten werden konnte. Darüber enthalten schon die Statuten von 1270 eine Vorschrift, die wegen ihrer Allgemeinheit auch mit auf Verpfändungen bezogen werden muß. Sie lautet dahin:

„So wat in dem Erveboke der Stad steit beshreven unde Jar unde Dag darinne stan hefft, dar ne geit ne Tugh en boven, id were also, dat de genne buten Landes were, de id byspraken wollde, unde mochte he dat tughen, he ne hadde sine Klaghe nicht vorlaren" [6]).

Die Statuten von 1497 fügen grade in Beziehung auf die Rangordnung mehrerer Verkäufe oder Verpfändungen, die Bestimmung hinzu:

„Wat averst vor deme rade vorlaten, unde in der stad bock geschreven steyt, dat gheyt vor alle segele unde breve, edder rowelyke langhe besyttynghe, der me ghenetet na segelen unde breven de er ankumpst unde recht vormelden unde medebryngen [7]);

mithin gab es schon nach dem älteren hamb. Rechte gültige Privat-Verpfändungen, nur gewährten sie dem Gläubiger keine völlige Sicherheit, indem theils der Rechtsbestand der Verpfändung noch immer von Dritten angefochten werden konnte, theils er immer der Gefahr ausgesetzt blieb, sein

[6]) Hamb. Statut. v. J. 1270. VII, 2.

[7]) Hamb. Statut. v. J. 1497. G. 3. a. E.

Digitized by Google

Recht durch die spätere Constituirung anderer öffentlicher Hypotheken wieder zu verlieren.

§. 4.

Dieses System tritt nun in den revidirten hamburgischen Statuten und den damit zusammenhängenden Recessen und Verordnungen noch klarer und ausgebildeter hervor. Zuvörderst steht der Grundsatz an der Spitze, daß über das, was vor dem Rathe in offener Audienz an Erb und Eigen, Hauptstuhl und Rente verlassen und in der Stadterbe- oder Rentebuch geschrieben, und in Jahr und Tag nicht angefochten ist, ein Extract von der Hand des Secretärs einen solchen Beweis liefert, wogegen keine Einrede zulässig ist [8]). Diese Vorschrift hat theils den Sinn, daß das Stadterbebuch einen unwiderleglichen Beweis liefert, und diese Kraft hat es, so wie nur etwas darin eingetragen ist, theils, wie sich aus den einzelnen Anwendungen ergiebt, daß das darin verzeichnete Rechtsgeschäft selbst, abgesehen von der Geltendmachung persönlicher Ansprüche, weder direct noch indirect angefochten werden kann. Namentlich ist es eine Folge davon, daß diejenigen Gläubiger, denen eine Hypothek vor dem Rathe verlassen und in das Stadtbuch verzeichnet worden ist, allen anderen Verpfändungen, so nicht vor dem Rathe beschehen und eingeschrieben sind, vorgezogen werden [9]). Außer diesen öffentlichen, allen andern vorge-

[8]) Hamb. Statut. v. J. 1603. P. 1. tit. 30. art. 3. Receß v. J. 1618. Art. 1. (Anhang z. d. Statut. S. 100). Vgl. Abhdl. 18. §. 26—30.

[9]) Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 5. Art. 1, 7, 12. — Receß v. J. 1618. a. a. O.; Neue Falliten Ordng. Art. 60. nr. 1; Art. 61. Dasselbe verordnet das hamb. Landrecht Art. 39., welches auch die Schulden, die im Landbuche verlassen und eingeschrieben sind, allen älteren Schulden vorzieht.

Digitized by Google

henden Hypotheken erkennt nun aber auch das hamb. Recht in vielen Stellen klar und beſtimmt Privat- und ſtillſchweigende Hypotheken als gültig an [10]). Zwar ſcheinen dem, ſoviel die ausdrücklichen Conventionalhypotheken betrifft, zwei Artikel der Statuten entgegen zu ſtehen, worin vorgeſchrieben wird, unbewegliche Erbe und Zinſe ſollten vor ſitzendem Rathe in offener Audienz verlaſſen und aufgetragen und demnächſt in das Stadtbuch geſchrieben werden [11]); wonach man an ſich geneigt ſein möchte anzunehmen, als ſolle bloß dieſe Form der Verpfändung geſtattet ſein. Allein die Meinung des Geſetzes iſt offenbar nur die, daß um eine Hypothek auf ſichere Weiſe zu conſtituiren, die erwähnte Form gewählt werden müſſe, ohne deshalb die in andern Stellen der Statuten zugelaſſene Privatverpfändung für unſtatthaft erklären zu wollen.

§. 5.

Was ferner die Wirkſamkeit einer ſtillſchweigenden oder Privathypothek an Immobilien anbetrifft, ſo bringt es ſchon die dingliche Natur eines Pfandrechtes, dem bei Liegenſchaften auch die Regel: „Hand wahre Hand," nicht entgegenſteht, mit ſich, daß daſſelbe auch gegen Dritte geltend gemacht werden kann. Dafür exiſtirt aber auch außerdem eine ausdrückliche Vorſchrift in den Statuten, wo, nachdem dem Pfandrechte an Mobilien nur eine beſchränkte

[10]) Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 4, 6, 14, 15. Tit. 5. Art. 1, 4, 7, 12, 16, 17. — Hamb. Landr. Art. 39. — Receß v. J. 1618. a. a. O. — Schlüter von d. Erben. Th. 5. Tit. 1. §. 3—11, S. 770—71. Dühmcke (praes. Dorn) D. de iure hypothecae tacitae secundum stat. Hamburg. Kilonii 1762. §. 5.

[11]) Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 4, 5.

Digitized by Google

Wirksamkeit gegen Dritte eingeräumt ist, im Gegensatze hievon verordnet wird:

„In unbeweglichen Gütern aber soll dem Gläubiger, sich an die ihm verpfändeten Güter, unangesehen, daß sie in andere Hände transferiret .... zu halten unbenommen seyn“ [12]).

Das Gesetz, welches schon in dem unmittelbar vorhergehenden Artikel außer den öffentlichen Verpfändungen von Immobilien Privat-Hypotheken genannt hatte, unterscheidet hier nicht zwischen öffentlichen und Privat-Verpfändungen, eben so wenig als zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden, mithin erscheint es auch als ganz unzulässig mittelst der Interpretation einen solchen Unterschied in das Gesetz hineinzutragen. Es erscheint dieses um so unzulässiger, da in andern Stellen der Statuten, wo von dem Verkauf der Immobilien die Rede ist, der Verkäufer angewiesen wird, dem Käufer nach der Verlassung noch Jahr und Tag für alle Ansprüche Bürgen zu bestellen, die Jemand an die veräußerte Liegenschaft haben und machen möchte [13]). Denn diese Vorschrift ist, außer auf das Nä-

---

[12]) Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 2. a. E.

[13]) Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 8. Art. 6. 7. coll. Th. 1. tit. 30. Art. 3. — Th. 2. Tit. 6. Art. 14. — Vergl. d. alten Statut. v. 1270. I. 6.; von 1292. C. 2.; von 1497. G. 2. Dies ist bekanntlich die sächsische Gewähr von Jahr u. Tag, wie sie sich namentlich im Sachsensp. B. 3. Art. 83.; coll. 38. im Magdeburg. Rechte v. J. 1261. §. 16. (Gaupp das Magdeb. Recht S. 233), v. J. 1304. Art. 15. (ebendas. S. 275.) u. im Lüb. Rechte v. J. 1235. Art. 92. (de Westphalen III. 630), v. J. 1240. Art. 17. 86. (ibid. 641 u. 49.) im Cod. Brok. I; 17, 87; II; 81, 85, 95; III; 114,

Digitized by Google

herrecht der Erben, grade auf solche Ansprüche an das Erbe zu beziehen, die nicht öffentlich constituirt, mithin in das Stadterbebuch nicht eingetragen und daraus für den Käufer nicht zu ersehen waren. Denn, was die inscribirten Pfandrechte anbetrifft, so hätte es ihrentwegen der Bestellung von Bürgen überall nicht bedurft, weil der Käufer diese schon aus dem Stadtbuche kennen lernte und folglich Gelegenheit hatte, den Betrag derselben vom Kaufpreise abzuziehen, oder, falls etwa das Erbe überschwert war, den Erwerb desselben ganz oder doch bis zur Ablösung der Hypotheken durch den Eigenthümer aufzugeben. Durch die Vorschrift, daß der Verkäufer dem Käufer unbekannter Ansprüche wegen Bürgen bestellen soll, ist es also anerkannt, daß es noch solche Ansprüche an das Erbe giebt, welche ohngeachtet des Verkaufes fortbestehen, und welche der Erwerber wider sich gelten lassen muß; und es ist kein Grund dawider, anzunehmen, daß hiezu auch die von den Statuten anerkannten stillschweigenden und Privat-Hypotheken gehören.

§. 6.

Freilich findet sich nun in einem späteren Gesetze, nämlich in der neuen Falliten-Ordnung v. J. 1753. Art. 70. Nr. 1. eine Vorschrift, woraus man wohl den Satz hat ableiten wollen, daß die stillschweigende Hypothek gar kein wirksames Recht gegen den dritten Erwerber eines Hauses oder einer andern Liegenschaft, sondern nur ein Vorzugsrecht im Concurse des Eigenthümers, welcher die Schuld contrahirt hat, ertheile [14]). Die praktisch wichtige Folge

119, 129, 396; und im Revid. Lüb. Rechte Lib. 3. Tit. 1. Art. 12; Tit. 6. Art. 3; u. Tit. 5 u. 6. Art. 1. findet.

[14]) Hasche Erläuter. d. hamb. Falliten-Ord. B. 2. S. 466.

Digitized by Google

hievon würde denn die sein, daß der Gläubiger sein dingliches Recht gegen Dritte überall nicht geltend machen könnte, wenn auch der Eigenthümer selbst das Haus an dieselben veräußert haben sollte, in sofern dieser nur den Kaufpreis richtig bezahlt, oder nicht etwa mit dem Verkäufer zur Verkürzung von dessen Gläubiger collidirt hätte. Es verordnet nun aber das fragliche Gesetz, daß die Handwerker, so wie diejenigen, welche zur Erbauung oder nöthigen Reparatur eines Hauses oder Schiffes, oder der nied- und nagelfesten Fabrikanlagen in dem Hause, wenn der Eigenthümer des Hauses solche verfertigen lassen, Materialien hergegeben, daran gearbeitet oder das Geld dazu dargeliehen haben, ein ius praelationis an dem Ueberschuß des Hauses und der Geräthschaften nach vorhergängiger völliger Befriedigung der öffentlichen Hypothekarien, haben sollen. In diesem Gesetze hat man nämlich zuvörderst die Vorschrift finden wollen, daß der in Concurs gerathene Eigenthümer des Hauses selbst die Verwendungen vorgenommen haben müsse; allein der Eigenthümer des Hauses wird hier nur im Gegensatze des Miethsmannes genannt. Hat nämlich nur der Letztere die Fabrikanlagen machen lassen, so soll der Darleiher zu denselben, im Concurse des Eigenthümers kein Privilegium an dem Erbe in Anspruch nehmen können. Dieses ist denn auch ganz natürlich, indem ja der Miether keine Befugniß hat, das Eigenthum des Vermiethers mit Pfandrechten zu beschweren. Es ist aber damit keinesweges als Requisit des Privilegii erfordert, daß die Anlagen und Verwendungen gerade von dem gegenwärtigen Eigenthümer des Hauses gemacht sein müssen [15]).

[15]) Dühmcke l. not. 10. cit. §. 10.

Digitized by Google

§. 7.

Ferner hat man sich darauf berufen, daß das Gesetz dem Darleiher nur ein Vorzugsrecht an den Verbesserungsgeldern, d. h. an demjenigen, was das Haus mehr als die inscribirten hypothekarischen Forderungen beträgt, werth ist oder was mehr dafür erlöst wird, ertheile. Es ist aber hiebei übersehen, daß im §. 2. desselben Gesetzes das Recht des Darleihers noch ausdrücklich eine Hypothek genannt wird, und daß in einer Reihe anderer Stellen der Falliten-Ordnung andere stillschweigende Hypotheken erwähnt, ja wohl gar erst neue Hypotheken der Art eingeführt werden [16]). Außerdem ist das ganze Gesetz nur dazu bestimmt, um die Rangordnung anzugeben, in welcher die Gläubiger bei eintretendem Concurse befriedigt werden sollen. Wenn aber der Eigenthümer des mit der stillschweigenden Hypothek behafteten Hauses in Concurs geräth, so wird es nach dem heutigen Concursrechte, und namentlich nach der hamburgischen Falliten-Ordnung Art. 17. dem hypothekarischen Gläubiger nicht gestattet, das Pfand zu seiner Befriedigung aus der Masse zu vindiciren; sondern die Güterpfleger schreiten zu dessen Veräußerung und berichtigen aus dem Erlöse die auf der Sache haftenden Schulden nach ihrer Rangordnung, in soweit nicht etwa der Käufer dieselben übernimmt, was aber nur bei den inscribirten Schulden zu geschehen pflegt. Im Concurse löst sich daher nach dem Verkauf der Sache durch die Güterpfleger, das Recht der stillschweigenden, so wie der Privathypothek in ein bloßes Vorzugsrecht an dem Erlöse der

---

[16]) Neue Fallit.-Ordn. Art. 59, 68, 72, 98.

Digitized by Google

Sache auf. Dieses würde aber auf gleiche Weise der Fall seyn, wenn sich in der Masse Liegenschaften befänden, welche der Fallit erworben hatte, nachdem sie bereits von einem früheren Eigenthümer mit solchen Pfandrechten beschwert waren, als wenn er selbst diese Pfandschulden contrahirt hätte. Mithin kann von demjenigen was in dieser Hinsicht im Concurse des Eigenthümers der verpfändeten Liegenschaft gilt, kein Schluß auf die Verhältnisse, welche außer dem Concurse eintreten, gemacht werden. In diesem letzteren Falle müssen vielmehr noch immer die Vorschriften der Statuten und der Falliten-Ordnung selbst, welche von stillschweigenden und Privat-Hypotheken reden, zur Anwendung gebracht werden; so daß namentlich durch eine Veräußerung der verpfändeten Liegenschaft, welche der Eigenthümer selbst vornimt, an sich die Rechte des Pfandgläubigers nicht erlöschen, sondern allerdings auch noch gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden können, ohne daß dieser sich damit schützen kann, daß er vom Kaufpreise nichts mehr in Händen, oder das immobile nicht theurer gekauft habe, als für den Betrag der öffentlichen darauf haftenden Hypotheken.

§. 8.

Müßte nun aber der Käufer eines Hauses oder einer anderen Liegenschaft in einem solchen Falle unbeschränkt die gesetzlichen und Privat-Hypotheken wider sich gelten lassen, welche sich später daran entdecken, so würde Niemand eine Liegenschaft mit Sicherheit erwerben können und der Realcredit der Grundstücke, auf den das hamburgische Recht ein so großes Gewicht legt, zerstört werden. Dem ist nun aber auch, wenigstens im älteren hamb. Rechte, durch mehrere Anordnungen abgeholfen. Indem nämlich das Gesetz

Digitized by Google

gestattet, die Pfandrechte an Immobilien gegen dritte Erwerber zu verfolgen, fügt es dabei die ausdrückliche Beschränkung hinzu: „woferne die rechtliche Gewähr oder Präscription darüber nicht verflossen“ [17]). Die hier gemeinte Präscription ist, wie sich aus der andern Bezeichnung derselben, als rechte Gewähr, ergiebt, die schon oben erwähnte Frist von Jahr und Tag nach der Umschreibung des gekauften Grundstücks im Stadterbebuche. Es ist aber hiebei die spätere Praxis nicht stehen geblieben, sondern sie hat auch dann eine Präscription der nicht inscribirten Pfandpöste eintreten lassen, wenn die Liegenschaft zum öffentlichen Verkauf gebracht worden war, und im Verkaufstermin solche Ansprüche zum Protocolle des dabei gegenwärtigen Actuars nicht angemeldet waren. Diese letztere Vorschrift verdankt ihren Ursprung offenbar dem römischen Rechte, worin ein Verlust des Pfandrechtes für die anwesenden Gläubiger angeordnet ist, wenn sie solches Recht bei dem Verkauf des Grundstückes nicht geltend gemacht haben, obwohl sie dazu in einer öffentlichen Bekanntmachung aufgefordert waren [18]). Freilich wird nun in Hamburg bei der Subhastation von Grundstücken nur diese öffentlich angekündigt, aber keine Aufforderung an unbekannte hypothekarische Gläubiger hinzugefügt, und in sofern würde denselben die unterlassene Anmeldung solcher Rechte nicht schaden, wenn man blos nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes die Sache zu beurtheilen hätten. Allein die hamb. Praxis ist darin ganz entschieden, daß die nicht in das Stadterbebuch eingetragenen Pfand-

[17]) Hamburg. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 2. a. E.

[18]) l. 6. C. de remissione pignoris (8, 26.).

rechte oder sonstigen Ansprüche an das Grundstück verloren sind, wenn sie zum Protocolle des Actuars bei der öffentlichen Versteigerung nicht angemeldet wurden [19]).

§. 9.

Wurde hingegen das Grundstück unter der Hand veräußert, so präjudicirte dieses an und für sich den Rechten der gesetzlichen oder Privat-Hypothek eben so wenig, als denen der gehörig eingetragenen; sondern hier mußte erst durch die öffentliche Verlassung des Erbe dem Gläubiger Gelegenheit ertheilt werden, die Veräußerung kennen zu lernen, wie ja der Zweck der Verlassung gerade der war: „damit ein Jeder so dawider zu sprechen hat, solches daselbst öffentlich thun und darauf ferner wie recht verfahren möge" [20]). Es waren daher bestimmte Tage für die Verlassung angesetzt," damit ein Jeder die bestimmte Zeit wisse und sich darnach richte [21])," und wenn an dem Tage etwa Hindernisse eintraten und eine Verlegung der Verlassung auf einen andern Tag nothwendig machten, so erging und ergeht darüber eine öffentliche Notification [22]). Vor dieser öffentlichen Verlassung kann die Umschreibung des Grundstückes auf den neuen Erwerber und die Einschreibung des hypothekarischen Postens in das Stadterbe-

---

[19]) Vgl. Müller vom öffentl. Verkauf d. Immobilien. Tract. 3. S. 29, 30; Tract. 11. S. 21, 22. coll. S. 10—21. u. Tract. 7. S. 21—23. Amsinck D. de impugnatione resignationis iudicialis Goetting. 1774. 4. pag. 53. not. a.

[20]) Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 5. Amsinck l. c. §. 11, 18.

[21]) Hamb. Statut. Th. 1. Tit. 1. Art. 13. Receß v. J. 1603. Art. 6. Anderson Anleit. f. Verlassungen S. 6—8.

[22]) Anderson hamburg. Privatr. Th. 2. S. 285.

Digitized by Google

buch gültiger Weise nicht vorgenommen werden [23]). Diese Eintragung in das Stadterbebuch ertheilt nun erst wahrhaft das Eigenthum oder das Pfandrecht [24]); und beginnt von diesem Augenblicke an die Frist der rechtlichen Gewähr zu laufen, während welcher es Dritten noch gestattet war, die ganze Uebertragung anzufechten oder ihre Rechte dabei geltend zu machen. Die Frist der rechtlichen Gewähr betrug, wie dieses bereits oben bemerkt ist, nach den Statuten Jahr und Tag, die für den Anwesenden vom Momente der Inscription, für den Abwesenden aber von Zeit seiner erlangten Wissenschaft an gerechnet wurden. Der Receß v. J. 1618 behielt aber diese Frist nur bei verlassenem Erb und Eigen zu Gunsten Abwesender bei, schrieb aber im Uebrigen vor, daß gegen die Verlassung und Zuschreibung des Grundstücks weiter keine Einrede gestattet sein solle. Er fügte zugleich in Betreff verlassener zugeschriebener Renten und Pfandposten die Vorschrift hinzu, daß nach dem bisherigen Herkommen diese sofort stet und fest gehalten und solche Einschreibung allen älteren Verpfändungen, die nicht weiter geschehen und beigeschrieben werden könnten, vorgezogen werden sollte.

§. 10.

Durch diese Vorschrift waren nun diejenigen, deren Rechte durch irgend eine Verlassung gefährdet werden konnten, in die Nothwendigkeit versetzt, jeder öffentlichen Verlassungs-Audienz beizuwohnen, weil man gleich nach Be-

[23]) Hamburg. Statut. Th. 2. Tit. 1. Art. 6; Tit. 8. Art. 6. verbis „und folgends." Schlüter von den Erben in Hamburg. Th. 4. Tit. 2. nr. 1, 2. Anderson hamb. Privatr. Th. 2. S. 391. §. 48. Anm.

[24]) Lüb. R. im Cod. Brok. III, 199. Amsinck D. cit. §. 18. 19.

endigung derselben zur Umschrift oder zur Eintragung des Rechtes schreiten dürfte. Weil aber dieses als zu strenge erschien, indem unmöglich Jeder immer den Verlassungs-Audienzen beiwohnen konnte, und man es daher für nothwendig achtete, Dritten noch einige Frist zu Erkundigungen und zur Geltendmachung ihrer Rechte zu lassen, so wurde gleich im folgenden Jahre, am 28. und 29. Januar 1819, durch Rath- und Bürgerschluß bestimmt: es solle die Umschrift oder Einschreibung nicht vor dreien Tagen nach der Verlassung vorgenommen werden dürfen, und diese Einrichtung besteht noch jetzt [25]). Ist daher am Freitage die Verlassung gehalten, so kann erst am nächsten Montage die Umschrift vorgenommen werden, und steht es dem Dritten frei, bis zu dem Momente, wo die einzelne Verlassung im Verlassungsprotokoll auf Antrag des Verlassenden durchstrichen worden ist, seine Rechte geltend zu machen. Nachher aber, und sollte auch die Sache im Stadterbebuche selbst noch nicht gehörig eingetragen sein, wird er mit seinen Ansprüchen nicht weiter gehört [26]). Der Wortfassung nach könnten freilich der Artikel des Recesses und die früheren Artikel des Statutes dahin verstanden werden, als sollten jetzt nur die späteren Einsprüche gegen die Umschreibung des Erbes selbst nicht weiter gestattet werden. Die Meinung des Gesetzes ist dieses aber sicher nicht. Denn es ist schon oben näher entwickelt, daß die Bürgschaft, welche der Verkäufer bestellen mußte, sich grade auf alle

[25]) Nucleus Recessuum s. v. Verlassung. Anderson hamburg. Privatr. B. 2. S. 336, 7; u. dessen Anleitung für Verlassungen S. 39.

[26]) Schlüter v. d. Erben Th. 4. Tit. 2. nr. 6 — 10; und vom Verlassungsrechte Kap. 10. Tit. 4. nr. 11 — 14.

Digitized by Google

und jede unbekannte Anſprüche an das Erbe bezog, und daß dieſe Bürgſchaft gerade für die Zeit von Jahr und Tag beſtellt wurde. Mithin, da man nach Jahr und Tag die Bürgſchaft nicht weiter für nöthig hielt, ergiebt ſich auch daraus, daß nunmehr nach Ablauf der rechten Gewähr, ſolche Anſprüche überall nicht weiter zugelaſſen wurden, wie dieſes außerdem noch in den Statuten Th. 2. Tit. 4. Art. 2. a. E. ausdrücklich geſagt iſt. Auch würde es bei der Annahme des Gegentheils dahin kommen, daß dem Erwerber, wenn auch nicht direct, doch indirect das Grundſtück, wegen eines von früher her darauf haftenden Rechtes, wieder entzogen werden könnte. Selbſt eine ſolche indirecte Anfechtung der geſchehenen Verlaſſung und Einſchreibung in das Stadterbebuch würde aber dem Geiſte der ganzen Einrichtung völlig zuwiderlaufen.

§. 11.

Dieſes hat ſich denn auch genugſam durch dasjenige zu erkennen gegeben, was im Gefolge des Receſſes v. J. 1618 in Hamburg gewöhnlich geworden iſt. Jenes Geſetz hatte nämlich die Verpflichtung des Verkäufers, auf Jahr und Tag Bürgen zu beſtellen, keineswegs ausdrücklich mit aufgehoben, und deshalb geſchah dieſes Anfangs auch nach dem Jahre 1618 noch fortwährend; allein nach dem Jahre 1630 wurde es ſehr ſelten und nach 1638 hörte es ganz auf [27]). Dieſes Aufhören der Bürgſchaftsbeſtellung kann aber nur daraus erklärt werden, daß es jetzt einer

[27]) Schlüter v. d. Erben S. 713—7. In den ſpäteren Ausgaben der Statuten, namentlich in der vom Jahre 1771 (Anhang S. 145) ſind daher auch die von jener Bürgſchaft handelnden Artikel der Statuten als durch den Receß mit abgeändert aufgeführt worden.

Digitized by Google

solchen Bürgschaft nicht weiter bedurfte. Dieses Letztere aber war wieder nur dann der Fall, wenn an den Erwerber des Grundstücks nach der Zuschrift überall keine Ansprüche mehr gemacht werden konnten. Mit Recht wird daher von den Schriftstellern des hamb. Rechtes, welche diese Frage berühren, angenommen, daß jetzt stillschweigende und Privat-Hypotheken ihre Wirksamkeit gegen den neuen Erwerber des Grundstücks verloren haben, wenn solche nicht von den Gläubigern vor der Umschreibung des Grundstücks im Stadterbebuche geltend gemacht worden sind [28]). Die Form, in welcher der Dritte sein Recht an den verlassenen Gegenstand oder überhaupt sein Interesse, weshalb er die Verlassung nicht ohne Weiteres geschehen lassen konnte, verfolgte, war früher die einer Impugnation. Eine solche Impugnation bestand darin, daß man entweder in der Verlassungsaudienz selbst, oder doch vor der Umschrift bei den damit beauftragten Secretären des Raths eine Protestation einlegte, die vorläufig das weitere Verfahren in der Sache sistirte, und worüber sich demnächst ein gerichtliches Verfahren, in welchem erst die nähere Angabe der Gründe der Impugnation zu erfolgen pflegte, das sogenannte Prosecutionsverfahren, entspann; auch wenn wegen

---

[28]) Schlüter v. d. Erben Th. 4. Tit. 4. u. 5., und vom Verlassungsrechte Kap. 4. §. 3, 35—37. Müller a. a. O. Tract. 8. S. 3, 29. u. f. coll. Tract. 3. S. 19—21. und Tract. 11. S. 59—61. — Commentat. ad Stat. Hamb. in Thesaur. iur. prov. Tom. 1. pag. 911; Tom. 2. p. 171 u. 676. — Amsinck l. c. §. 34. pag. 52, 3. et §. 35. pag. 54. coll. §. 26. p. 41; §. 29. S. 45; §. 30. S. 47; §. 32. S. 48.

Digitized by Google

bloßer persönlicher Forderungen an den Veräußernden die Impugnation vorgenommen wurde [29]).

§. 12.

Diese Leichtigkeit, mit welcher Impugnationen zugelassen wurden, konnte nun begreiflicher Weise zu großen Mißbräuchen führen, indem namentlich Jeder, welcher an dem Veräußernden eine persönliche Forderung hatte, sich zur Impugnation veranlaßt finden konnte, ohne daß ihm gleichwohl irgend ein Recht zustand die Veräußerung zu hindern. Um diesen Mißbräuchen zu steuern, wurde bereits am 7. Febr. 1721 ein Mandat erlassen, worin es den Impugnanten bei Strafe zur Pflicht gemacht wurde, für keine höhere Summe, als welche sie wirklich zu fordern hatten, zu impugniren, und gleich bei der Impugnation den Belauf ihrer Forderung anzugeben, damit durch eine Verbürgung dieser Summe die Impugnation beseitigt und das Hinderniß der Umschrift des Grundstücks oder Postens gehoben werden könnte [30]). Weil aber diese Verordnung sich noch nicht wirksam genug bewies, so wurden im Jahre 1802 die Impugnationen gänzlich aufgehoben [31]), ohne daß eine andere Form dafür substituirt worden wäre. Die Verlassungen hingegen sind fortwährend beibehalten, obwohl namentlich im Jahre 1818 von der Bürgerschaft der

[29]) Schlüter v. Verlass. Rechte Kap. 9. Tit. 6. §. 1. Amsinck l. c. §. 22, 32.

[30]) Mandat v. 7ten Febr. 1721. §. 3. in der Samml. d. hamb. Mandate Th. 2. S. 985, 6. Vgl. die (nicht publicirte) Gerichts-Ordn. v. J. 1711. Tit. 56. §. 15. (bei Anderson hamb. Privatr. Th. 3. S. 245.) S. noch Anderson hamb. Privatr. Th. 2. S. 334.

[31]) Verordn. üb. d. Abkürzung d. Proz. v. J. 1802. §. 14. (bei Anderson Samml. d. hamb. Verordn. Th. 6. S. 112, 113.)

Digitized by Google

Wunsch, daß sie baldigst abgeschafft werden möchten, ausgesprochen worden ist [32]), und wird auch noch fortwährend immer darauf gehalten, daß ohne Verlassung und vor dem dritten Tage nach derselben, weder ein Grundstück noch ein Häuserposten im Stadterbebuche Jemandem zugeschrieben werden kann. Es ist aber jetzt nicht ungewöhnlich, daß Jemand schon vor dem wirklichen Verkauf seines Grundstücks dasselbe verläßt, um es demnächst, wenn er einen Käufer zu demselben findet, diesem, ohne die nächste Verlassungs-Audienz, deren überhaupt nur sieben im Jahre gehalten werden, abwarten zu dürfen, sofort zuschreiben lassen zu können [33]).

§. 13.

Durch diese neuere Gesetzgebung und Praxis ist nun die Sache allerdings in eine eigenthümliche Lage gekommen, und es jetzt in der That nicht ohne Schwierigkeit zu bestimmen, wie es mit den Rechten einer stillschweigenden oder Privat-Hypothek an einem Grundstücke stehe, wenn

[32]) Anderson neue Samml. der hamburg. Verordn. B. 5. S. 41.

[33]) Dieses Verfahren ist, ohngeachtet dessen was in der Abhandl. 18. §. 26—28 bemerkt wurde, eigentlich ganz wider die Gesetze, welche die Verlassung erst nach dem Verkaufe anordnen (hamb. Statut. Th. 2. Tit. 8. Art. 6.); und nur durch die Gestattung des ganz dem Geiste der Verlassungen zuwider laufenden Misbrauchs möglich geworden, Verlassungen zuzulassen, ohne dabei denjenigen, zu dessen Gunsten sie geschehen, namhaft zu machen. (Anderson hamburg. Privatr. Th. 2. S. 313 ff., u. in d. Anleit. f. Verlassungen S. 20 ff.) Weit zweckmäßiger verfährt man in der Hinsicht in Lübeck, wo in der Verlassungs-Audienz für den Erwerber sowohl als für den Veräußerer ein Prokurator auftreten, und die Verlassung in jeder Hinsicht genau und bestimmt angegeben werden muß.

Digitized by Google

dasselbe nicht öffentlich, sondern unter der Hand verkauft wird. Bei einem öffentlichen Verkaufe nämlich bleibt dem Gläubiger nach wie vor das Auskunftsmittel, seine nicht inscribirte Hypothek zum Protocolle des Actuars bei der Subhastation anzumelden. Diese Anmeldung wird hier angenommen und es ist dadurch das Recht des Gläubigers gegen den neuen Erwerber gesichert. Ist aber das Grundstück unter der Hand verkauft, so kann jetzt die Anmeldung weder in der Verlassungsaudienz selbst, noch zum Protocolle der Secretäre des Senats erfolgen; denn dieses wäre selbst der Form nach eine Impugnation; Impugnationen aber sind erwähnter Maaßen durch die Verordnung v. J. 1802 verboten. Man ist daher auch darüber in Hamburg ganz einverstanden, daß eine solche Anmeldung ganz nutzlos sein und völlig unbeachtet bleiben würde. Es bleibt unter diesen Umständen nur eine dreifache Ansicht möglich. Man könnte entweder jetzt, nach aufgehobenen Impugnationen die Verlassungen als eine bloße leere Förmlichkeit, welche Dritten an ihren Rechten nichts präjudicire, ansehen, wodurch dann das Resultat herauskäme, daß wer ein Grundstück nicht mittelst öffentlichen Kaufs erworben hat, gar keine Sicherheit gegen unbekannte, aus dem Stadterbebuche nicht zu ersehende dingliche Rechte dritter Personen besäße. Man könnte zweitens sagen: es sey durch die Aufhebung der Form, worin früher die Privatgläubiger ihre Rechte gegen den dritten Erwerber des Grundstücks geltend zu machen hatten, ihnen jetzt unmöglich gemacht, solche Rechte überall gegen denselben zu verfolgen, wovon dann die rechtliche Folge die seyn würde, daß nicht inscribirte Hypotheken jetzt gegen den dritten Erwerber des Grundstücks gar keine Wirksamkeit mehr

Digitized by Google

hätten. Man könnte endlich die dritte Ansicht fassen, daß auch die Privathypothek nach wie vor den Charakter eines gegen Dritte wirksamen Rechtes, daß auf der andern Seite aber auch die Verlassung und Umschreibung im Stadterbebuche ihre Wirksamkeit behalten hätten, und daß dem nicht inscribirten hypothekarischen Gläubiger nichts weiter als die Befugniß genommen sei, sein Recht in der Form einer Impugnation zu verfolgen.

§. 14.

Der ersteren Ansicht steht aber ein doppelter entscheidender Grund entgegen. Einmal nämlich werden auf solche Weise die Verlassungen, welche noch fortwährend in Hamburg beibehalten sind, in der That als abgeschafft behandelt, während doch nur eine damit zusammenhängende, aber durchaus nicht wesentliche Einrichtung, nämlich die der Impugnationen, aufgehoben worden ist. Auch anderswo nämlich sind die Verlassungen bekannt, auch anderswo ist es der Zweck derselben, Dritten Gelegenheit zu verschaffen, ihr Interesse bei der Veräußerung wahrzunehmen, und dem Käufer einen sichern Erwerb des Grundstückes zu gewähren; und wenn gleich diese Zwecke des Institutes es erheischen, dem Dritten die Geltendmachung seiner Rechte auf irgend eine Weise zu gestatten, so folgt daraus doch keineswegs, daß dieses gerade in der Form einer früher in Hamburg üblichen Impugnation, wo man mit der bloßen Einlegung eines Widerspruches gehört wurde, ohne daß man nöthig hatte, sein Widerspruchsrecht sofort zu documentiren, zugelassen werden müsse. Sind nun in Hamburg blos die Impugnationen, nicht aber die Verlassungen aufgehoben, so kann darin nichts weiter als das Verbot gefunden werden, sein Recht grade in der Form einer

Digitized by Google

Impugnation geltend zu machen; aber es können damit die übrigen rechtlichen Wirkungen der Verlaſſung und Zuſchreibung im Stadterbebuche keineswegs als aufgehoben angeſehen werden, und es muß vielmehr dem dritten Berechtigten zuſtehen ſeine gegründeten Anſprüche an das Grundſtück oder ſein Widerſpruchsrecht gegen deſſen Alienation auf andere geeignete Weiſe geltend zu machen, wozu es auch an Mitteln und Wegen nicht fehlt, wie weiter unten zu erörtern iſt. Zweitens aber ſteht es jener Anſicht entgegen, daß damit der ganze in Hamburg mit Recht ſo hoch gehaltene Credit der Grundſtücke umgeſtoßen werden würde. Giebt das hamburgiſche Statut dingliche Rechte an Immobilien, die nicht inſcribirt ſind und dennoch gegen Dritte wirkſam ſeyn ſollen, ſo wird alle Sicherheit des Erwerbes eines Grundſtückes aufgehoben, wenn nicht eine Einrichtung beſteht, wodurch der Erwerber in den Stand geſetzt wird, ſolche anderweitige auf der Sache haftende Laſten kennen zu lernen, und wenn er ſie hier nicht kennen lernt, nicht genöthigt iſt, ſie noch gegen ſich gelten laſſen zu müſſen. Freilich wendet man hiegegen ein, es könne doch nicht jeder, welcher in ſolcher Maaße bei irgend einem Grundſtücke intereſſirt ſei, alle Verlaſſungsaudienzen beſuchen, und es ſei daher unbillig, wenn man ihn ſeines Rechtes verluſtig gehen laſſen wollte, weil er, was Niemand thue, in den Verlaſſungen nicht gehörig gewacht habe. Allein einentheils iſt nicht abzuſehen, warum nicht derjenige, welcher ein ſolches Intereſſe bei einem Grundſtücke hat, und ſich auf die Redlichkeit und Soliditat von deſſen Eigenthümer nicht verlaſſen zu können glaubt, nicht wenigſtens einen der bei den Verlaſſungen anweſenden Procuratoren beauftragen könnte, für ihn Acht zu geben;

Digitized by Google

und anderntheils so steht es ihm ja frei in den nächsten Tagen nach der Verlassung das Protocoll derselben einzusehen und sich dadurch die Kenntniß dessen, was ihn interessirt, zu verschaffen. Gesorgt ist daher für das Recht des Dritten auf genügende Weise; läßt er aber die ihm dargebotenen Gelegenheiten unbenutzt, so ist das seine eigene Schuld, und folglich mit Recht sein eigener Schaden, den er nicht auf den unschuldigen Erwerber des Grundstückes wälzen kann. Sollte übrigens die Bedeutung der Verlassungen in Hamburg jetzt so sehr vergessen seyn, daß Niemand sich mehr um dasjenige was darin vorgenommen wird, bekümmert, so dürfte es freilich zeitgemäß erscheinen, sie aufzuheben; allein doch nicht ohne etwas Anderes, was dem Käufer die Sicherheit des Erwerbes garantirte, an deren Stelle zu setzen; und dürfte es sich dann als der einfachste Weg empfehlen, daß jede Veräußerung oder Verpfändung einer Liegenschaft eine gewisse Zeit vor der Umschreibung oder Eintragung in das Stadterbebuch in den öffentlichen Blättern bekannt gemacht und dadurch Dritte bei Verlust ihres Rechtes genöthigt würden, in jener Frist ihre Ansprüche an dasselbe, nöthigenfalls gerichtlich, geltend zu machen.

§. 16.

So wie es nun aber der ersten Meinung entgegen steht, daß sie andere gesetzliche Institute ohne Noth als unpraktisch geworden annimt, und die Sicherheit des Erwerbes für den Käufer vernichtet; so steht es der zweiten entgegen, daß sie den dritten Personen, welchen die Statute wahre Pfandrechte, mithin an sich gegen den dritten Erwerber gültige Rechte beilegten, solche Rechte in der That ganz entzieht, und die hypothecas tacitas et privatas in bloße

Digitized by Google

privilegia exigendi verwandelt, ſo daß der Berechtigte nur ein perſönliches Vorzugsrecht wider denjenigen, welcher die Schuld contrahirt, aber gar kein gegen Dritte wirkſames Recht behält. Sehen wir nun aber, daß ſelbſt die neue Falliten-Ordnung überall noch von ſtillſchweigenden Hypotheken redet, und iſt von ſolchen ſelbſt noch bei der Wiedereinführung des einheimiſchen Rechtes nach der franzöſiſchen Zeit geſprochen worden [54]), ſo läßt ſich nicht annehmen, daß eine ſo wichtige Aenderung in der Geſetzgebung blos folgerungsweiſe durch das Verbot der Impugnationen habe bewerkſtelligt werden ſollen, und das um ſo weniger, da jenes Verbot ſchon im Jahre 1802 erlaſſen und noch viel ſpäter in den Geſetzen von ſtillſchweigenden Pfandrechten geredet worden iſt. Auch liegt ja in der Aufhebung der Impugnationen nichts weiter, als das Verbot ſein Recht, bei der Veräußerung des Grundſtückes gerade in dieſer Form geltend zu machen.

§. 17.

Nach den Regeln der Interpretation kann daher nur die dritte Meinung als die richtige angeſehen werden, zufolge welcher die hypothecae privatae et tacitae nach wie vor ihre dingliche Natur und ihre Wirkſamkeit gegen Dritte als wahre Pfandrechte behalten; beides aber verlieren, wenn die rechtliche Gewähr darüber verfloſſen iſt, d. h. wenn ſie nicht nach der Verlaſſung, vor der Zuſchrift des Erbe oder des Poſtens im Stadterbebuche geltend gemacht worden ſind. Aber wie ſoll ſich hier der Berechtigte helfen? Es dürfte hiezu ein doppelter Weg übrig bleiben. Er könnte das Gericht angehen, dieſem ſein Recht darlegen

54) Tranſitor Verordn. v. 28ſten Jul. 1815. Art. 20.

Digitized by Google

und nunmehr gegen den Verkäufer darauf antragen, daß dieſem die Zuſchreibung des Erbe an den Käufer bis dahin unterſagt würde, daß er ſeines Anſpruches wegen gehörig ſicher geſtellt wäre. Dieſes gerichtliche Inhibitorium müßte aber zugleich den Secretären, als der mit der Führung der Stadterbebücher beauftragten Behörde, mitgetheilt und dieſen darin aufgegeben werden, vorläufig die Umſchrift nicht zu vollziehen; weil, wenn dieſes ohngeachtet des Verbotes an den Verkäufer doch geſchehen ſollte, dem Käufer demohngeachtet ein ſicheres Recht erworben und der Anſpruch des Dritten gegen ihn nicht weiter geltend zu machen ſein würde [55]). Der zweite Weg, den der Berechtigte einſchlagen könnte, und der ebenfalls ſein Recht gegen den Dritten ſichern würde, wäre aber der, daß er daſſelbe dem Erwerber des Grundſtückes vor deſſen Zuſchrift gebührend anmeldete, und ſich mit einem liquiden Beweiſe über dieſe zeitige Anmeldung verſähe. Denn der Zweck der öffentlichen Verlaſſungen iſt, in Beziehung auf den Käufer oder den Erwerber des Pfandpoſtens, gerade der, ihm die Kenntniß ſolcher auf dem Grundſtücke haftenden Rechte zu verſchaffen, welche aus dem Stadterbebuche

---

[55]) An ſich würde, was hiebei die Form des Verfahrens anbetrifft, ohne Bedenken das Erforderliche von den Gerichten unmittelbar an die Secretäre erlaſſen werden können, wie dieſes in Bremen, wo ſolche Geſchäfte dem zweiten Kabinet der Kanzlei zugewieſen ſind, und in Lübeck geſchieht. In Hamburg wird aber hiebei Anſtand genommen, und deshalb in ſolchen Fällen von Seiten der Gerichte nur ein Verbot an den Veräußerer erlaſſen, womit der Gegner ſich an den Senat wendet, und von dieſem ein behufiges Commiſſorium an die Secretäre auswirkt. Vgl. Anderſon Anleit. f. Verlaſſungen S. 39, 40.

Digitized by Google

nicht ersehen werden können. Erlangt er nun diese Kenntniß, so kann er sich nicht beschweren, und steht es ihm frei jetzt gegen seinen Verkäufer auf seine Sicherheit Bedacht zu nehmen. Dem Dritten gegenüber aber verpflichtet ihn seine Wissenschaft von den Verhältnissen der Sache, wie dieses unbedenklich auch in anderen Beziehungen angenommen wird [36]), eben so sehr, als dieses bei dem Contrahenten der Schuld selbst der Fall sein würde.

§. 18.

Würde freilich die Verlassung des Grundstücks vor dem Verkaufe desselben vorgenommen, so würde eine solche Anzeige an den Käufer unmöglich sein; aber das Recht, von dem Verlassenden die Sicherung des Anspruches zu verlangen würde dann immer noch bestehen, und würde diese Sicherheit auf eine sehr einfache Weise durch die vorläufige Hinzufügung einer Clausel im Stadterbebuche, auf welche auch in andern Fällen von den Gerichten erkannt wird, erlangt werden können. Zugleich aber, was freilich vor der nächsten Verlassung sich nicht ausführen läßt, würde der Gläubiger sogar auch darauf klagen können, daß der Eigenthümer den Posten jetzt förmlich in das Stadterbebuch eintragen ließe [37]). Denn das Recht zu dem Einen und zu dem Andern läßt sich dem Gläubiger nicht bestreiten, da dieses nur dazu dient, um ihm die vom Gesetze sanctionirte Hypothek zu sichern. — Nach den oben entwickelten Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht am 26. Jan. 1827 in S. E. Mertens c. Miehe. Ersterer, der

---

[36]) Vgl. Abhdl. 18. §. 92, 30.

[37]) Vgl. Anderson hamb. Privatr. Th. 2. S. 326, 7; u. in d. Anleitung f. Verlass. S. 36, 37.

Digitized by Google

Kläger, hatte nämlich im Anfange des Jahres 1825 an den Sohn des Beklagten, für c. 1000 Thlr. an Baumaterialien für dessen Seifenfabrike geliefert, und stand ihm für solche Forderung nach den Grundsätzen des hamburgischen Rechtes eine gesetzliche Hypothek an dem Fabrikgebäude zu. Der Schuldner verkaufte aber am 22. Juni das Grundstück seinem Vater unter der Hand, verließ es in der Audienz vom 8ten Juli und ließ es ihm hienächst am 11ten Juli im Stadterbebuche zuschreiben. Im folgenden Monate erklärte er sich insolvent, und belangte deshalb der Kläger den neuen Erwerber aus seiner stillschweigenden Hypothek. Das Niedergericht erklärte am 30. Jan. 1826 diese Klage für begründet, weil das Grundstück nicht öffentlich, sondern unter der Hand an den Beklagten verkauft worden sei; das Obergericht hingegen wies am 17. April die Klage ab, weil die stillschweigende Hypothek nur ein ius praelationis an den Verbesserungsgeldern des Grundstücks ertheile und sie mithin gegen den dritten Erwerber nicht geltend gemacht werden könne. Dieses letztere Urtheil bestätigte das Oberappellationsgericht in dem gedachten Erkenntnisse, aber lediglich aus dem Grunde, weil der Kläger sein Recht nicht nach der öffentlichen Verlassung vor der Umschrift des Grundstückes geltend gemacht hatte.

Digitized by Google

XX.

Retentionsrecht an einer fremden Sache, die Schaden zugefügt hat.

§. 1.

Wenn eine fremde Sache uns einen Schaden zugefügt hat, und dabei in unsere Were gekommen ist, so muß der Eigenthümer, wenn er auf deren Herausgabe klagt, vorgängig eine Caution für den Ersatz des Schadens bestellen, der durch das Wegschaffen der Sache von unserm Eigenthume uns etwa zugefügt werden möchte, und können wir bis dahin ein Retentionsrecht an derselben ausüben. So, wenn bei einer Ueberschwemmung fremde Sachen auf unser Grundstück oder in unser Haus getrieben sind, brauchen wir dem Eigenthümer ihre Wegnahme nur gegen eine repromissio damni infecti zu gestatten[1]; so ferner, wenn Obst von unserm Baum auf den Grund und Boden des Nachbarn gefallen ist, werden wir mit der actio ad exhibendum oder dem interdicto de glande legenda nur dann zugelassen, wenn wir für das damnum infectum caviren[2]; und so in allen ähnlichen Fällen, wo wir etwas auf dem Grund und Boden des Andern vornehmen wollen[3]. Insoweit

[1]) L. 9. §. 1. D. de damno infecto (39. 2).

[2]) L. 9. §. 1. D. ad exhibendum (10. 4).

[3]) L. 15. D. eod. l. 3. §. 11, l. 5. §. 4. D. de itinere actuque priv. (43, 19). l. 1. §. 38. D. de aqua cottid. (43. 20). l. 3. §. 9. D. de rivis (43, 21). l. 1. pr., §. 14. D. de cloacis (43, 23).

Digitized by Google

findet kein Streit ſtatt. Allein die Geſetze gehen noch weiter und verlangen von dem Eigenthümer der Sache nicht bloß eine Caution für den bei ihrer Wegnahme zuzufügenden Schaden, ſondern auch für den Schaden, welchen ſie bereits angerichtet hat, indem ſie verordnen:

> Neratius autem scribit si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cauisses [4]).

Dieſe Vorſchrift erſcheint nun an ſich ebenfalls völlig klar. Der klagende Eigenthümer, der ſeine Sache zurückverlangt, ſoll für den durch dieſelbe angerichteten Schaden Caution beſtellen, ohne daß weiter etwas verlangt wird, als daß die Sache einen Schaden angerichtet habe.

§. 2.

Gleichwohl, und dieſe Meinung findet ſich ſchon in der Gloſſe, giebt es Viele, welche jene Vorſchrift in einem beſchränkten Sinne verſtehen und den Eigenthümer zu einer Caution für den bereits angerichteten Schaden nur dann verpflichten wollen, wenn er ſich ſelbſt dabei ein Verſehen hat zu Schulden kommen laſſen, z. B. wenn er in dem Falle des Geſetzes das Floß nicht gehörig befeſtigt hatte [5]).

---

[4]) L. 5. §. 4. D. ad exhibendum (10, 4). l. 9. §. 3. coll. l. 7. §. 2. D. de damno infecto (39, 2). l. 8. D. de incendiis (47, 9). Donelli comment. iur. civ. lib. XV. cap. 46. init. v. Wening Lehrbuch des gem. Civilr. B. 2. §. 265.

[5]) Glossa ad l. 9. §. 1. D. de damno infecto. Poman. in additam. ad Bartoli comment. ad dict. leg. Peckius in comment. ad tit. D. de incendiis ad leg. 8. §. 1. ibique Vinnius not. b. pag. 362. Struvius syntagma iur. civilis ex.

Digitized by Google

Für diese Ansicht werden im Wesentlichen drei Gründe geltend gemacht. Man beruft sich einmal darauf, es sei überhaupt unjuristisch Jemanden, der bei dem eingetretenen Schaden nichts verschuldet habe, zum Ersatz desselben zu verpflichten. Man dürfe ja Häuser, Bäume, Schiffe besitzen, mithin könne man durch diese erlaubte Handlung allein zu keinem Schadensersatz verpflichtet werden. Etwas Anderes sei es mit den Beschädigungen, welche der Eigenthümer selbst erst bei dem Wegschaffen der Sache anrichte; denn zu deren Vergütung könne er wohl angehalten werden, weil sie durch seine facta zugefügt seien. Zweitens sei es in zweien Stellen ganz ausdrücklich gesagt, daß der Eigenthümer nur für das damnum infectum zu caviren brauche [6]); und lasse sich diese Vorschrift mit der oben erwähnten nicht anders vereinigen, als indem man die Verpflichtung, auch für den schon zugefügten Schaden zu caviren, auf den Fall eines vom Eigenthümer begangenen Verschuldens beschränke. Drittens endlich brächten dieses auch die Grundsätze der cautio damni infecti mit sich; denn, wo diese ausdrücklich bestellt worden sei, da hafte der Cavent doch nur für solchen Schaden, der durch die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache, nicht aber für einen solchen, der durch höhere Gewalt zugefügt werde, so daß z. B. wenn wegen eines Gebäudes die gedachte Caution bestellt ist, nnd von demselben Ziegel herabfallen, die dem Nachbarn einen Schaden zufügen, der Eigenthümer solchen Schaden nur dann ersetzt, wenn die Ziegel nicht gehörig befestigt waren,

39. th. 26. in fin.; und ganz besonders Bynkershoek observat. iur. Rom. lib. 4. obs. 9.

[6]) L. 9. §. 1, 2. De de damno infecto (39, 2).

Digitized by Google

nicht aber dann, wenn nur die Gewalt des Windes, der auch andere feste Gebäude zerstörte, sie herabgeworfen hat[7]). Nun könne man aber doch ohne eine Caution geleistet zu haben, nicht zu mehr verpflichtet werden als mit derselben.

§. 3.

Dieser Gründe ungeachtet ist aber die entgegengesetzte Meinung, daß der Eigenthümer sowohl de damno praeterito als de damno futuro caviren müsse, wenn er seine, dem Andern durch Zufall schadende, Sache zurück haben wolle, als die richtigere anzusehen[8]). Denn nicht nur, daß in den Gesetzen von einem Verschulden des Eigenthümers nichts gesagt ist, so reden sie gerade von einem Falle, der die Idee eines solchen Verschuldens überall nicht zuläßt, indem eine vis fluminis, mithin eine höhere Gewalt, vorausgesetzt wird. Sonst hätte ja auch die actio legis Aquiliae wenigstens in Frage kommen müssen[9]), und gleichwohl wird das Retentionsrecht als das einzige Mittel genannt, wodurch der Beschädigte zum Ersatze seines Schadens gelangen könne. Unerheblich sind auch die hiewider

---

[7]) L. 24. §. 3, 4, 9; l. 43. pr. D. eod. Donelli comment. iur. civ. lib. 15. cap. 47. ed. Francof. a. 1595. pag. 560. med., 569. med. Hofacker principia Tom. 3. §. 4097.

[8]) Bartolus commentar. in primam partem Dig. novi ad l. 9. §. 1. D. de damno infecto ed. Basil. a 1588. pag. 80. Müller ad Struvii syntagma l. c. not. e, Stryck D. de iure navium cap. 3. nr. 52, 53. (Opera Tom. 1. nr. 11. pag. 228). Faber rationalia ad ff. ad l. 5. §. 4. D. ad exhib. ed. Lugdun. a. 1589. Tom. 2. P. 2. pag. 465. Schweppe römisches Privatrecht. §. 604.

[9]) L. 29. §. 2—4. ad leg. Aquil. (9, 2).

Digitized by Google

geltend gemachten Gründe. Daß es zuvörderst unjuristisch sei, eine Verpflichtung zum Schadenersatz ohne ein Verschulden anzunehmen, läßt sich nicht behaupten und widerstreiten dem grade die Grundsätze des römischen Rechts in der Lehre von den Noxal-Klagen und der actio de pauperie, wonach gegen den Eigenthümer des schadenden Thieres eine Klage auf den Ersatz des zugefügten Schadens gestattet wird, ohne daß er sich in culpa befindet. Mit dieser Verpflichtung des Eigenthümers, für Beschädigungen durch seine Thiere einzustehen, wird nun aber gerade die Verpflichtung desselben auch für den Schaden, den seine Sache anrichtet, aufkommen zu müssen, in den Gesetzen zusammengestellt [10]), mithin nimmt das römische Recht allerdings an, daß der Eigenthümer blos als solcher für seine Thiere und Sachen Dritten, wenn gleich nur in beschränkter Maaße einstehen muß. Auch hat es in der That nichts Unbilliges, daß der Eigenthümer, welcher allen Vortheil von der Sache genießt, eher den durch sie angerichteten Schaden trage, als der Dritte, dem sie gar nicht zum Nutzen gereicht, insofern Jener ihrer nicht entbehren will.

§. 4.

Scheinbarer ist der zweite aus der L. 9. §. 1, 2. D. de damno infecto hergeleitete Gegengrund, indem hier die Verpflichtung des Eigenthümers positiv auf eine Caution für den künftigen Schaden beschränkt zu sein scheint. Allein auch dieser anscheinende Widerspruch erledigt sich, wenn man in dem §. 2. statt mit der Vulgata und Haloander *de damno infecto* zu lesen, mit der Florentina *de damno iam facto* liest; eine Lesart,

[10]) L. 7. §. 1. D. de damn infecto (39, 2).

Digitized by Google

die überdies in den Zusammenhang der Stelle sehr wohl hinein paßt, indem hier von einer außerordentlichen Hülfe gesprochen wird, die wegen der beschränkten Fassung der gewöhnlichen formula nothwendig wird. Ueber das damnum futurum aber fand sich eine Bestimmung in der Formel und es fehlte nur an einer über den schon vorher erlittenen Schaden, wie der Jurist dieses selbst bemerkt. Wollte man aber auch annehmen die Juristen Trebatius und Alfenus, deren Meinung in den angeführten §. 1. und 2. referirt wird, hätten die Verbindlichkeit des Eigenthümers auf eine Caution für den künftigen Schaden beschränken wollen, so müßte dann doch die abweichende, im §. 3. folgende, Meinung des Neratius, welcher die Caution auch auf das damnum praeteritum erstreckte, vorgezogen werden. Denn sie steht nicht nur zuletzt, und wird deshalb von Ulpian, der sie anführt, gebilligt, sondern sie findet sich auch noch in zweien anderen Pandekten-Stellen ohne alle Mißbilligung wiederholt.

§. 5.

Bei dem dritten Gegengrunde endlich ist es übersehen, daß unser Fall gar nicht unter die Bestimmung des Edictes über die cautio damni infecti gehört. Das Edict bezieht sich lediglich auf einen künftigen Schaden[11]), und verpflichtet den Caventen zum vollen Schadensersatz, der wider ihn mit einer Klage, der actio ex stipulatu, eingefordert werden kann, und da hat es alle Billigkeit für sich, daß solche Verpflichtung nur dann als vorhanden angenommen wird, wenn sich dem Eigenthümer

[11]) Hoc edictum prospicit damno nondum facto.... de damno vero facto nihil edicto cavetur... l. 7. §. 1. D. cit.

Digitized by Google

irgend ein, wenn auch nur entfernter, Vorwurf bei der Sache machen läßt. In unserm Falle hingegen ist die Verpflichtung des Eigenthümers eine viel geringere, indem er einentheils nicht unbedingt für den Schaden haftet, sondern sich durch Dereliction der Sache davon gänzlich befreien kann, und indem anderntheils der Anspruch gegen ihn gar nicht klagend, sondern nur vermittelst einer Einrede der Retention verfolgt werden kann, wenn er selbst auf Herausgabe der Sache gegen den, in dessen Hände sie gekommen ist, klagbar wird. Unsere Frage gehört daher gar nicht in die Lehre des Edicts von der cautio damni infecti, sondern in die Lehre von der rei vindicatio, der actio ad exhibendum, der restitutorischen Interdicte oder anderer auf die Rückgabe unserer Sachen gerichteten Klagen; und der Gegenansprüche, welche der Besitzer dawider durch eine Retention der Sache geltend machen kann [12]). Es läßt sich also nicht sagen, daß man jetzt ohne Caution zu mehr verpflichtet sei, als mit derselben. Denn die jetzt in Frage stehende Verpflichtung besteht außer und neben der aus der gedachten Caution. Ist nämlich die cautio damni infecti bestellt, so haftet der Cavent für einen Schaden vitio operis unbedingt, und ohne sich durch eine spätere Dereliction der Sache davon befreien zu können. Trüge sich nun aber durch höhere Gewalt ein Schaden zu, wobei seine den Schaden verursachende Sache in die Gewalt des Nachbarn geriethe, so könnte er zwar nicht aus der geleisteten Caution auf dessen Ersatz belangt werden, allein dieser würde gleichwohl ein Retentionsrecht an der schadenden Sache ausüben können, wenn der Eigenthümer auf

[12] Donelli comment. lib. 20. cap. 9. in fin. pag. 458, 9.

Digitized by Google

deren Rückgabe gegen ihn klagbar werden wollte, eben so gut, als wenn eine cautio damni infecti überall nicht bestellt wäre.

§. 6.

Will demnach der Eigenthümer seine Sache von dem Andern zurück haben, so muß er demselben für den bereits zugefügten und für den künftigen Schaden Ersatz leisten; allein, wenn hiebei kein zur actio legis Aquiliae qualificirendes Verschulden von seiner Seite concurrirt, so hat der Andere gegen ihn keine Klage auf Ersatz des Schadens, sondern nur ein Retentionsrecht [13]). Ein Retentionsrecht aber zeigt sich nur so lange wirksam, als derjenige, dem es zusteht, die Sache in seiner Gewalt behält, und hört die ganze correspondirende Verpflichtung des Gegners auf wenn die Sache untergeht, oder der Andere den Besitz derselben verliert [14]), mithin kann sich auch dessen Anspruch nicht weiter als auf das Besessene erstrecken, und verliert er solchen Anspruch, wenn der Gegner seine Sache abandonirt [15]). Zwar scheint besonders nach der Lesart der Florentina die L. 9. §. 2. D. in unserm Falle weiter zu gehen, und sogar eine Klage gegen den Eigenthümer zuzulassen; allein daraus läßt sich im Allgemeinen nichts folgern; denn die dort zugelassene Klage ist nur als Sur-

[13]) l. 6, l. 7. §. 2. D. de damno infecto (39, 2.); Thibaut System d. Pandecten. B. 1. §. 311. Schweppe a. a. O. Wening Lehrbuch d. gem. Civilrechts B. 1. Buch 1. §. 169. vers. fin.

[14]) l. 7. §. 1. D. eod. l. 29. §. 2. D. ad l. Aquil. (9, 2.). Bynkershoek l. not. 5. cit. med.

[15]) S. z. B. l. 29. §. 3.; l. 31. pr. D. de aedil. edicto (21, 1.), l. 1. §. 40. D. ne quid in loco publico (43, 8.).

Digitized by Google

rogat für ein Retentionsrecht gestattet, welches wegen der Beschränktheit der Formel nicht gleich anfangs geltend gemacht werden konnte. Als Surrogat der Retention könnte daher jene Klage nicht zur Erreichung von mehr führen, als wozu die Retention selbst hätte dienen können. Mithin könnte derselben jedenfalls dadurch begegnet werden, daß der Eigenthümer dem Kläger die Sache wieder einhändigte und überließe. Weiter gehen ja selbst die actio noxalis und de pauperie nicht, und bei diesen sollen doch die Ansprüche gegen den Eigenthümer mehr begünstigt sein als in unserm Falle, wo dessen leblose Sache einen Schaden zugefügt hat [16]). Es kann also niemals gegen den schuldlosen Eigenthümer eine Klage, und am wenigsten eine Klage auf vollen Schadensersatz zugelassen werden.

§. 7.

Diese Grundsätze kamen bei dem Oberappellationsgerichte in folgender Rechtssache zur Anwendung. Der hamburgische Holzhändler Griem hatte seine Holzvorräthe im dortigen Holzhafen an der Elbe. Eine hohe Sturmfluth am 4. December 1823 riß unter andern vier Stück Eichen und eine Kiehne los und trieb dieselben auf den von dem hohen Wasser ebenfalls überschwemmte Platz des Zuckerform-Fabrikanten Osewaldt, wo sie unter den zum Trocknen aufgestellten Zuckerformen eine nicht geringe Verwüstung anrichteten, weshalb derselbe dem Eigenthümer die Rückgabe dieser Hölzer weigerte, bis er ihm für den angerichteten Schaden Ersatz geleistet haben würde. Griem ward nun auf Rückgabe derselben klagbar, und wollte nur den Schaden ersetzen, der etwa noch bei dem Wegschaffen

16) l. 7. §. 1. D. de damno infecto (39, 2.).

Digitized by Google

der Hölzer zugefügt werden möchte, keinesweges aber den, welchen dieselben bereits angerichtet hatten; denn er habe sein Holz gehörig befestigt gehabt und blos die ungewöhnliche Sturmfluth ganz ohne sein Verschulden den Schaden angerichtet [17]). Der Beklagte dagegen verlangte sogar reconveniendo vollen Schadensersatz, indem er seinen Schaden viel höher als den Werth der Eichen anschlug. Mittelst Erkenntnisses vom 30. April 1825 verwarf aber das Oberappellationsgericht, nach den eben entwickelten Grundsätzen sowohl den Anspruch des Klägers auf unentgeldliche Herausgabe seiner Hölzer als auch die Forderung des Beklagten auf vollständigen Schadensersatz. Es sei vielmehr der Kläger, wenn er seine Hölzer wieder haben wolle, dagegen zum Ersatz des bereits zugefügten, so wie des noch zuzufügenden Schadens schuldig; wolle er hingegen die Hölzer dem Beklagten überlassen, so sei er von jeder weiteren Verpflichtung an denselben frei.

---

17) Hiebei berief der Kläger sich zwar noch insbesondere auf eine hamburg. Verordn. vom 20sten Dec. 1754 über die Verbindung und Befestigung der vor dem Billwärder-Deiche liegenden Flöße (Samml. der hamburg. Mandate Th. 4. S. 1980, 1.); allein diese, eigentlich nur zur Warnung für die Holzhändler erlassene, und sie deshalb zur Sorgfalt ermahnende Verfügung, verweist in Betreff der Verpflichtung zum Ersatz eines durch das Holz derselben angerichteten Schadens, geradezu auf die bekannten gemeinen und statutarischen (in diesem Stücke nichts Eigenthümliches enthaltenden) Rechte.

Digitized by Google

XXI.

Wann ist auf Credit verkauft?

§. 1.

Es ist ein bekannter Grundsatz des gemeinen Rechts, daß das Eigenthum der verkauften Sache nicht eher auf den Käufer übergeht, als bis derselbe den Kaufpreis dafür berichtigt hat; und es unterliegt keinem gegründeten Zweifel, daß diese Vorschrift auch im kaufmännischen Verkehre Anwendung findet [1]). Es wurde nun aber bereits durch das Gesetz der 12 Tafeln nicht gerade die Bezahlung des Kaufpreises für nothwendig, sondern auch das für hinreichend geachtet, wenn der Käufer für den Kaufpreis eine dem Verkäufer genügende Sicherheit bestellte, „si alio modo ei satisfecerit“ [2]). Ja, nach der Interpretation der Juristen ging selbst das Eigenthum auf den Käufer über, wenn der Verkäufer ihm den Kaufpreis ohne Sicherheit creditirt hatte, „si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus fuerit“ [3]);

[1]) Das Gegentheil, nämlich daß die tradirte auch nicht creditirte Waare sofort in das Eigenthum des Käufers übergehe, behauptet freilich Büsch (Darstellung der Handlung B. 2. S. 384. 5. d. 3ten Ausg.); aber ohne allen rechtlichen Grund. Breuls de contractu commissionis. Goettingae 1800. §. 9.

[2]) §. 41. I. de rer. divisione (2, 1.); l. 11. §. 2. D. de action. empti (19, 1.).

[3]) §. 41. in fin. I. cit.; l. 19. D. de contrah. empt. (18, 1.). Ueber die hievon im Texte gegebene Erklärung vgl. l. 9. §. 3.

Digitized by Google

wahrscheinlich indem man annahm, daß in einem solchen Falle der Verkäufer in der Person des Käufers eine genügende Sicherheit finde. In unserm Handelsrechte ist es nun aber bestritten, wann ein Verkauf als auf Credit abgeschlossen anzusehen sei. Wird freilich mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß Zug um Zug gehandelt sein solle, contrahirt, so hat man keinen Zweifel, daß nicht auf Credit gehandelt sei, und daß mithin vor der Bezahlung des Kaufpreises das Eigenthum auf den Käufer nicht übergehe, wenn er gleich vorher die Waare überliefert erhalten hätte *).

D. de pigneratitia act. (13, 7.), wo es heißt: „Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit; ut ab hoc recedat, sive fiedeiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione .... Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.“ S. auch l. 4. §. 8. in fin. D. de fideic. libertat. (40, 5.).

*) v. Martens im Handelsrecht §. 15. Zwar geht Mevius (Decis. P. 4. dec. 206, 280. nr. 3.), noch weiter und behauptet, es liege jedesmal ein Creditiren darin, wenn der Verkäufer die Waare aus den Händen gebe, ehe er das Geld dafür empfangen habe; allein hiefür findet sich weder in den Gesetzen, noch in der Natur der Sache, indem doch Einer mit der Erfüllung den Anfang machen muß, ein genügender Grund. S. Struck D. de fide habita cap. 4. nr. 13 (Dissert. Francof. Vol. 3. nr. 13.). Hach practische Beiträge Heft 1. S. 155. ibique citati. Carstens Beiträge z. lübeck. Rechte 2te Samml. nr. 11. §. 9. S. 172. Seuffert Erörter. einzelner Lehren, d. röm. Privatr. 2te Abtheil. S. 26. Vgl. das preuß. Landr. I, 11. §. 224 — 6, coll. 230.

Digitized by Google

Eben so wenig wird auf der andern Seite darüber gestritten, daß es ein Verkauf auf Credit sei, wenn bei dem Abschlusse des Geschäftes ausdrücklich verabredet ist, daß die Zahlung erst in einer gewissen Frist erfolgen solle [5]).

§. 2.

Bestritten sind dagegen die beiden Fälle, wenn auf dem Platze eine Waare ohne besondere Verabredung über die Zahlungszeit verkauft ist, wo sich eine kurze Zahlungsfrist, mehrentheils von vier bis sechs Wochen, von selbst versteht; und wenn für Waaren, die von auswärts her beordert sind, der Verkäufer bei der Absendung über den Belauf einen a Uso gestellten Wechsel auf den Käufer trassirt. In diesen beiden Fällen hat man nicht selten behauptet, es sei nicht auf Credit gekauft und daraus namentlich die practische Folge gezogen, daß bei entstehendem Concurse des Käufers der Verkäufer die Waare aus der Concursmasse, und wo dem nicht die Regel „Hand wahre Hand" entgegensteht, auch aus der Hand des Dritten vindiciren könne, an den der Käufer sie weiter übertragen hatte [6]). Man macht hiefür den doppelten Grund geltend, daß in einem solchen Falle dem Käufer nur die gewöhnliche Zeit zur Bezahlung, aber keineswegs eine besondere Frist zur Beschaffung derselben eingeräumt werde, und daß bei den von auswärts her gezogenen Wechseln doch immer eine Zeit dazu gehöre, damit derselbe in die Hände des Käufers komme. Werde nun dieser Termin nicht durch eine be-

---

[5]) v. Martens a. a. O. Lüb. R. im Cod. Brok. II, 205; III, 200, und in den revid. Statut. III, 5. Art. 6.

[6]) Hach a. a. O. S. 156. Carstens a. a. O. S. 172 vgl. mit S. 135, 140. v. Martens a. a. O.

Digitized by Google

sondere Frist verlängert, so werde dadurch kein Credit gegeben. Auch lasse sich in dem Accepte eines solchen Uso-Wechsels von Seiten des Käufers nicht etwa eine Sicherheitsbestellung für den Kaufpreis finden; denn durch die Annahme eines Wechsels für eine eigene Schuld werde keine neue Sicherheit für dieselbe bestellt, sondern es würde das nur dann der Fall sein, wenn ein Dritter als Trassat für den Betrag des Kaufpreises von dem Käufer aufgegeben wäre und demnächst für dessen Rechnung die Tratte acceptirt hätte [7]).

§. 3.

So richtig nun aber auch dieser letztere Satz erscheint, so läßt sich doch im Uebrigen den für die aufgestellte Meinung angeführten Gründen nicht beitreten. Denn der Begriff des Creditirens besteht nach den Gesetzen lediglich darin, daß man dem Käufer Vertrauen schenkt, sich ohne eine Sicherheit dafür zu besitzen mit seinem bloßen Zahlungsversprechen begnügt und ihm die Waare einhändigt, ohne eine sofortige Bezahlung derselben zu erwarten [8]). In allen diesen Fällen vertraut man dem Käufer die Waare an und schenkt ihm ein persönliches Vertrauen; denn anderweitige Sicherheit für die künftige Bezahlung des Kaufpreises besitzt man nicht, und eben so wenig hat man solche

---

[7]) Slüter D. de tradit. mercium per literas recognitionis. §. 18, 19.

[8]) „Nam cuicunque rei adsentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur," heißt es in d. l. 1. D. de rebus cretitis (12, 1.). Cf. l. 2. §. 3. D. eod. l. 4. §. 8. D. de fideicomm. libert. (40, 5.), verbis: " si ei fides habita fuerit promittenti sine satisdatione." Struck l. c. c. 4. nr. 35. seq. Seuffert a. a. O

in der verkauften und abgelieferten Waare selbst. Denn man kann nicht erwarten, daß der Käufer solche bis zum eingetretenen Zahlungsziel unbenutzt und unveräußert werde liegen lassen; während, wenn gegen baare Zahlung verkauft ist, einentheils wenigstens unmittelbar nach der Uebergabe die Bezahlung des Kaufpreises gefordert, und widrigenfalls die dann noch vorhandene Waare zurück verlangt werden kann, und indem anderntheils der Käufer sich eine nicht zu erwartende Veruntreuung zu Schulden kommen lassen würde, wenn er, ohne zur versprochenen sofortigen Berichtigung des Kaufpreises zu schreiten, das fremde Eigenthum weiter veräußern wollte. Hier findet mithin der Verkäufer seine Sicherheit noch in der veräußerten Waare selbst, obwohl er sie bereits dem Käufer übergeben hat. Ganz anders erscheint aber die Sache in den obigen Fällen; und das zumal da, wo eine Vindication der anvertrauten Güter aus dritter Hand nicht statt findet, wo mithin der Verkäufer auf eine Sicherheit durch die Waare selbst gar nicht weiter rechnen kann. Es wird daher auf dem Platze selbst kein vorsichtiger Kaufmann Jemandem auf solche Weise Waaren verkaufen, wenn er nicht ihn für seine Person als einen guten und sichern Mann ansieht. Es wird von auswärts her Niemand dem Besteller der Waaren dieselben direct zusenden, und sich damit begnügen über den Belauf einen Uso-Wechsel auf ihn zu ziehen, wenn er nicht zu demselben das Vertrauen hegt, daß er zur festgesetzten Zeit die Zahlung leisten könne und werde. Ist hingegen der Mann von der Art, daß er ihm solches Vertrauen schenken zu können nicht vermeint, so wird er entweder auf eine Sicherheitsbestellung, z. B. durch das Wechselaccept eines Dritten, dringen, oder das Connosse-

Digitized by Google

ment einem Dritten am Wohnorte des Bestellers übersenden, mit dem Auftrage es diesem nur gegen Bezahlung des Kaufpreises einzuhändigen. Thut der Verkäufer dieses nicht, so vertraut er stets der Redlichkeit und Solvabilität des Käufers, fidem eius sequitur, und darin liegt ein Creditiren im gesetzlichen Sinne des Wortes.

§. 4.

Die hiewider aufgestellten Gegengründe sind denn auch ganz unerheblich und beruhen einzig und allein auf der Verwechselung zweier ganz verschiedenartiger Begriffe, des Creditirens und der Einräumung einer Zahlungsfrist. Von dem Letzteren redet man, wenn dem Käufer ein längerer Termin zur Zahlung bewilligt wird, wie dieser ihn ohne besondere Verabredung gehabt haben würde; der Begriff des Ersteren aber besteht gezeigter Maaßen darin, daß dem Käufer die Waare anvertraut wird, ohne daß man dafür sofortige Zahlung oder Sicherheit erwartet. Nun ist es freilich bei den Kaufleuten das Gewöhnliche und sich von selbst Verstehende, daß der Käufer die Waare erhält, ohne daß dafür sogleich die Zahlung geleistet wird; allein daraus folgt nicht, daß ein solcher Verkauf nicht auf Credit geschlossen ist, sondern nur, daß es jetzt das Gewöhnliche des kaufmännischen Verkehrs ist, auf Credit zu verkaufen, und kann es in diesem Stücke keinen Unterschied machen, daß dieses nicht ausdrücklich verabredet wird, sondern sich nach der Usanz von selbst versteht, denn am Begriff der Sache ändert das nichts [9]). Was hiebei nament-

[9]) Sehr richtig sagt Seuffert a. a. O.: „Zum Dasein des Creditirens gehört aber nicht gerade eine Verabredung darüber, sondern es ist schon vorhanden, wenn der Verkäufer tradirt, während er weiß, daß er nicht sogleich befriedigt werden würde

lich noch den bei den über den Kaufpreis gezogenen Wechseln angeführten Grund anbetrifft, daß solche Wechsel doch einige Zeit zu ihrer Ueberkunft gebrauchten, so würde dieser Grund allerdings zutreffend erscheinen, wenn solche Wechsel, die gewöhnlich unter demselben dato, an welchem das Connossement über die Waare an den Besteller abgesandt wird, gezogen zu werden pflegen, nur auf die Frist lauteten, welche ihre Ueberkunft bis an den Wohnort des Bezogenen erfordert. Denn in diesem Falle würde der Absender immer noch seine Sicherheit nicht bloß in der Waare, sondern auch noch in dem übersandten Connossemente selbst haben, indem der Besteller bei verweigerter Honorirung des Wechsels zur Zurückgabe desselben verpflichtet erschiene. Allein das Uso bei den Wechseln enthält nicht bloß die zur Ueberkunft derselben erforderliche Zeit, sondern noch daneben eine billige Zahlungsfrist für den Acceptanten [10]); und es ist daher das ganz Gewöhnliche, daß solche Wechsel lange vor dem Verfalltage zur Acceptation gebracht, und daß lange vor diesem Verfalltage die Waaren bei dem Empfänger angekommen und wohl gar schon längst von ihm weiter veräußert sind. Nun muß man freilich einräumen, daß aus den bisher bestrittenen Gründen nicht selten von den Gerichten die Idee befolgt wird, als liege in einer solchen Art des Verkaufes kein Handeln auf Credit. Allein wo auch bisher eine solche Ansicht befolgt sein sollte, da könnte ihr doch die Kraft eines eigent-

---

Denn fidem habere heißt ja nichts anders, als dem Käufer trauen, sich auf seine Person verlassen, daß er richtig zahlen werde."

[10]) Büsch Darstell. d. Handl. B. 1. S. 74. d. 3ten Ausg.

Digitized by Google

lichen Gerichtsgebrauches nicht beigelegt werden, weil sie nur auf einer unrichtigen factischen Auslegung der kaufmännischen Handlungsweise und einer Verwechselung der juristischen Begriffe beruht, und weil ihr die im kaufmännischen Leben gehegte Meinung bestimmt entgegensteht, indem gezeigter Maaßen der Kaufmann in solcher Maaße nicht mit demjenigen handelt, welchem er kein persönliches Vertrauen schenkt. — Nach diesen Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht am 22sten April 1823 J. S. Pobertz c. Beskow, wo es in Frage stand, ob eine Quantität Eisen, welche das Handlungshaus in Stockholm an das lübische übersandt, und bei der Absendung auf Letzteres den Betrag in Wechseln, welche 67 Tage a dato, dem angeblichen Uso zwischen Stockholm und Hamburg, gezogen hatte, für creditirt oder nicht creditirt zu achten sei? Und konnte bei der Annahme des Ersteren um so weniger ein Bedenken statt finden, da von Stockholm auf Hamburg, welches für Lübeck den Wechselplatz mit bildet, auch in der kürzeren Zeit von 37 Tagen oder einem Monate gewechselt wird [11]), und selbst diese kürzere Frist offenbar einen viel längeren Zeitraum in sich faßt, als welcher zur Ueberkunft des Wechsels und Connossementes erforderlich ist, ja selbst eine viel längere Zeit, als sie gewöhnlich die Schiffe zur Ueberfahrt von Stockholm nach Lübeck gebrauchen.

[11]) Kruse hamburg. Comptoirist. S. 495. d. 5ten Ausg.

Digitized by Google

XXII.

Von der Einklagung rückständiger Zubußen nach dem Abbau.

§. 1.

Wenn bei dem Betriebe eines Bergwerks für den Augenblick keine die Kosten deckende Ausbeute vorhanden ist, so wird der ungefähre Betrag des Ausfallenden zu Anfange jedes Quartals angeschlagen und eine zu erlegende Zubuße auf die einzelnen Gewerke nach Maaßgabe ihrer Antheile am Bergwerke, der Stämme und Kure, in welche zu solchem Zwecke das Bergwerk ideel getheilt ist, ausgeschrieben; oder auch wohl nach einem Beschluß der ganzen Gewerkschaft von dem Schichtmeister eine sogenannte Grubenschuld aufgenommen. Geschieht das Letztere, so gilt eine solche Schuld nach den Bergrechten gewöhnlich für eine bloße Realschuld der Zeche, wofür die Gewerke persönlich gar nicht weiter haften, wenn sie ihre Rechte auf das Bergwerk aufgeben, und wofür lediglich der reine Ertrag des Bergwerks verpflichtet ist, gleich dem Schiffe und der Fracht bei einer gezeichneten Bodmerey [1]). Werden hingegen Zubußen ausgeschlagen, so unterliegt soviel ebenfalls keinem Zweifel, daß der Gewerke sich von der Verbindlichkeit zur Bezahlung der erst für die Zukunft ausgeschriebenen Zubußen dadurch befreien kann, daß er auf seine Rechte

[1]) S. z. B. das preuß. Landr. II, 16. §. 292. coll. 293.

Digitized by Google

am Bergwerke Verzicht leistet, oder, wie es in der Bergmannssprache heißt, daß er abbauet und seine Kure ins Freie fallen läßt. Dies bringen nicht blos allgemeine Rechtsgrundsätze, wonach man sich von solchen Verpflichtungen, die blos Folge eines dinglichen Rechtes sind, durch die Aufgabe des letzteren für die Zukunft befreien kann, mit sich[2]), sondern es ist das auch im Bergrechte ganz allgemein so angenommen. Wenn dagegen der Gewerke mit der ordnungsmäßig ausgeschriebenen Zubuße im Rückstande bleibt, ohne förmlich abzubauen, so sind die Verhältnisse zweifelhafter.

§. 2.

So viel ist in diesem Falle ausgemachten Bergrechtes, daß dann, bald mit mehreren, bald mit geringeren Förmlichkeiten, der Gewerkschaft die Befugniß zusteht, den ungehorsamen Genossen von der Gemeinschaft an der Zeche auszuschließen und ihn seiner Kure für verlustig zu erklären, oder ihn zu caduciren[3]). Geschieht dieses, so muß die Gewerkschaft ihre Befriedigung für den eingetretenen Rückstand aus den caducirten Kuren suchen, indem es diese entweder selbst übernimmt, oder an einzelne gehorsame Ge-

[2]) l. 10. §. 1. D. de negotiis gestis (3, 5.). l. 48. pr., l. 64, l. 65. pr. D. de usufructu (7, 1.). l. 6. §. 2. D. si servitus vindicetur (8, 5.). l. 16. D. de damno infecto. II. feud. 38.

[3]) Bayr. Bergordn. vom 6ten Mai 1784. Art. 34—41. coll. 11. (in Wagner corpus iuris metallici pag. 356—9; und bei Hake Commentar üb. d. Bergr. S. 478—82.). Preuß. Landr. II, 16. §. 280—2. coll. 284—7. Danz Handbuch d. deutschen Privatr. B. 2. S. 119—121. Hake a. a. O. §. 339—343; 554—8. Eichhorn Einleit. in d. deutsche Privatr. §. 275. Mittermaier Grundsl. d. d. Privatr. §. 308.

Digitized by Google

werke, oder auch im Entstehungsfalle an Dritte, gegen die Berichtigung jenes Rückstandes verleihet[4]). Die Frage dagegen, ob in einem solchen Falle die Gewerkschaft statt den Säumigen zu caduciren, ihn auch wohl auf die Bezahlung der rückständigen Zubuße gerichtlich belangen könne, ist in den Bergrechten mehrentheils mit Stillschweigen übergangen. Nur bei den Eigenlehnerzechen wird wohl bemerkt, daß wenn die aufgenommenen Gesellen mit ihren Beiträgen in Rückstand gerathen, eine Klage auf deren Berichtigung aus dem Gesellenvertrage statt habe[5]). Außer diesem Falle findet sich eben so selten auch darüber eine Bestimmung, ob durch den Abbau eines Gewerken dieser sich auch von den bereits rückständigen Zubußen frei machen könne. Dafür, dieses zu gestatten, und, außer dem Falle eines besonderen persönlich geleisteten Versprechens, keine Klage auf Entrichtung der Zubußen, sondern nur die Caducirung des Retardanten zuzulassen, werden wohl zwei Gründe geltend gemacht. Man behauptet nämlich einentheils, eine Gewerkschaft sei eine wahre Actiengesellschaft, worin die Stämme und Kure des Einzelnen die Actien bildeten, über deren Belauf hinaus derselbe weder seinen Genossen noch Dritten zu irgend etwas verhaftet sei; und beruft sich anderntheils darauf, in den Bergrechten geschehe nur des Caducirens, aber keineswegs einer Klage auf rückständige Zubußen Erwähnung, mithin sei es als ein bergrechtliches Herkommen

[4]) S. d. vor. Note. Wenn die churpfälz. Bergordn. v. 31sten Mai 1781. §. 67. (Wagner a. a. O. S. 409) selbst in diesem Falle der Gewerkschaft noch eine Klage auf die rückständig gebliebenen Zubußen gegen den Caducirten gestattet, so dürfte das für eine Singularität zu achten sein.

[5]) Hake a. a. O. §. 555. a. E.

Digitized by Google

anzusehen, daß der Gewerke nie persönlich in Anspruch genommen werden könne, nachdem er sich seines Rechtes am Bergwerke entäußert habe.

§. 3.

Diese Grundsätze aber können als richtig nicht zugegeben werden. Eine Gewerkschaft hat zwar insoweit mit einer Actiengesellschaft einige Aehnlichkeit, als die ganze Zeche gewöhnlich in eine gewisse gleiche Zahl von Antheilen, die man auch wohl Actien nennt [6]), eingetheilt zu sein pflegt, und daß diese Antheile den Maaßstab für die Zubußen, so wie für die Theilnahme an der Ausbeute abgeben, und daß darnach die Stimmen der Gewerke in Angelegenheiten des Bergwerkes gezählt werden [7]); allein dieses characterisirt sie noch keineswegs als eine solche Actiengesellschaft, welche nur bis zum Betrage der Actien haftet. Wenn nämlich mehrere Personen als Miteigenthümer oder als Mitbenutzer einer und derselben Sache zusammentreten, so bilden diese darum noch keine neue juristische Person mit einer abgesonderten Vermögensmasse, sondern sie sind sich unter einander und Dritten nach Maaßgabe ihrer Antheile persönlich verpflichtet. Und soll diese Verpflichtung auf eine bestimmte Summe beschränkt werden, so muß dieses von Anfang an ausdrücklich erklärt, und der zu leistende Einschluß jedes Theilnehmers zum Voraus auf eine gewisse Summe festgesetzt und beschränkt, auch solches den Dritten gehörig bekannt gemacht werden. Tritt daher eine Minengesellschaft in der Maaße zusammen, wie wir das in neue-

[6]) Eichhorn a. a. O. §. 275. Namentlich geschieht dieses in französischen Gesetzen, z. B. in der loi concernant les Mines du 21. avr. 1810. tit. 2. §. 8.

[7]) Mittermaier a. a. O. §. 303, 307.

ren Zeiten häufig gesehen haben, daß der zur Betreibung des Bergbaues erforderliche Fond auf eine bestimmte Zahl von Actien, deren jede wieder auf eine gewisse Summe lautet, zusammengebracht wird, so ist dann freilich eine wahre Actiengesellschaft vorhanden, über deren Fond hinaus keine Ansprüche an die Actionäre gemacht werden können. Aber hier bildet nicht der Antheil des Einzelnen am Bergwerke, sondern sein Antheil an dem versprochenen und geleisteten Einschuß, die Actie, und es ist daher hievon der Fall einer gewöhnlichen Gewerkschaft ganz verschieden. Diese kann schon um deshalb nicht als eine Actiengesellschaft angesehen werden, weil zur Betreibung des Bergbaues wenigstens Auslagen erforderlich sind, welche von dem Eigenthümer aus seinem übrigen Vermögen gemacht werden müssen, und weil eine unbestimmte, nach den jedesmaligen Bedürfnissen sich richtende Verpflichtung der Genossen besteht, das für solche Auslagen erforderliche Geld zusammen zu bringen. Und grade weil dieser Verpflichtung im Voraus keine bestimmten Gränzen gesetzt worden sind, kann der Gewerke sich diese hinterdrein nicht eigenmächtig dadurch setzen, daß er sich mit dem Abbau von aller weiteren Verpflichtung befreien will.

§. 4.

Was ferner die Grundsätze des Bergrechts anbetrifft, so liegt in der Natur der Sache kein Grund, eine so beschrinkte Verpflichtung der Gewerke anzunehmen; vielmehr möchte solche für das Gegentheil sprechen, indem ja doch die von der Gewerkschaft selbst angestellten Bergleute und Arbeiter bezahlt werden müssen, und da der Gewerke, der hiezu für die Zukunft nicht weiter contribuiren will, das einfache Mittel besitzt, seine Kuxe ins Freie fallen zu lassen.

Digitized by Google

Thut er dieses nicht, so liegt darin eine Erklärung, in der Gemeinschaft bleiben zu wollen, und müssen ihn dann auch Gewinn und Verlust derselben treffen. — Was aber ein positives Herkommen anbetrifft, so läßt sich die Möglichkeit desselben freilich nicht verkennen, da nicht blos deshalb allgemeine bergrechtliche Gewohnheiten sich gebildet haben könnten, sondern da auch ein großer historischer Zusammenhang zwischen den verschiedenen Bergordnungen statt findet, und die eine gar häufig der anderen zur Quelle gedient hat. Allein es läßt sich nicht beweisen, daß eine solche Gewohnheit besteht, und noch weniger läßt sich aus den geschriebenen Bergordnungen ein gemeines Bergrecht in diesem Puncte darthun. Denn Bergordnungen, welche die Rechte der Gewerkschaft ausdrücklich darauf beschränken, den säumigen Genossen ins Retardat zu setzen und demnächst dessen Kure zu caduciren, möchten sich wohl schwerlich nachweisen lassen. Die mehrsten gestatten ein solches Verfahren, wenn der Gewerke mit der Entrichtung seiner Zubußen in Verzug geräth; aber aus der Gestattung dieser ungewöhnlichen und strengen Selbsthülfe kann für sich allein keineswegs die Unzulässigkeit einer Klage auf die rückständigen Zubußen gefolgert werden, da das Recht zur Anstellung dieser Klage an sich aus der Gemeinschaft hervorgeht[s]). Wollte nun aber der säumige Gewerke ferner in der Gemeinschaft bleiben, so ließe sich nicht absehen, welche Einrede er einer solchen Klage entgegenstellen wollte, und da in der Entrichtung einer Abschlagszahlung auf eine ausgeschriebene Zubuße

[s]) l. 12. D. communi divid. (10, 3.). l. 4. §. 3, l. 14 §. 1, l. 29. med. D. eod. l. 38. §. 1, l. 52. §. 12, 15. D. pro socio (17, 2.).

Digitized by Google

nur die Billigung derselben und die Erklärung gefunden werden kann, fortwährend in der Gewerkschaft bleiben zu wollen, so kann, wenn auch derselbe nachher seine Kuxe ins Freie fallen läßt, doch jedenfalls noch gegen ihn eine Klage auf den Rest der Zubußen, worauf er sich bereits anhängig gemacht hatte, nicht verweigert werden [9]).

§. 5.

Es bleibt also nur der Fall übrig, wenn der Gewerke abbauet, ohne zuvor die rückständige Zubuße auf irgend eine Weise anerkannt oder die Bezahlung derselben versprochen zu haben. Selbst in diesem Falle giebt es nun aber mehrere Bergrechte, welche nach dem Abbau der Gewerkschaft noch eine Klage auf die rückständige Zubuße gegen den Gewerken einräumen. Namentlich ist dieses der Fall mit der Bergordnung für Pfalz-Zweybrücken vom Jahre 1514, worin ausdrücklich verordnet ist, daß, wenn einer nicht mehr bauen will, so soll er die angelegte Zubuße bezahlen und seine Theile dem Schichtmeister aufsagen; und worin es bestimmt für unstatthaft erklärt ist, ohne Zubuße aufzulassen, widrigenfalls er dennoch die bereits angelegte Zubuße bezahlen müsse [10]). Desgleichen bestimmt die churpfälzische Bergordnung vom 31sten Julius 1781, daß, sofern ein Gewerke von dem Werke scheiden und abbauen wolle, er zwar die ihm für das folgende Quartal angeforderte Zubuße nicht mehr zu bezahlen brauche, jedoch aber die auf demselben von dem vorigen Quartal rückständigen

[9]) Darüber findet sich eine Entscheidung des Berg-Schöppen-Stuhls zu Freiberg vom 4ten Juni 1700 in Herttwig's Bergbuch s. v. Zubuße §. 16. pag. 436.

[10]) Pfalz-Zweibrückische Bergordn. v. J. 1514. §. 7, 10, 14. (Wagner a. a. O. S. 720—2.).

Digitized by Google

Schulden für seinen aufgegebenen Antheil zu berichtigen annoch verpflichtet bleibe [11]). — Hienach kann es denn keineswegs für ein allgemeines Bergrecht geachtet werden, daß der Gewerke sich durch die Aufgabe seiner Kure auch von den bereits rückständigen Zubußen befreien könne, und da nun solches auch die Grundsätze des gemeinen Rechtes wider sich hat, indem darnach der Besitzer dinglicher Rechte an einer Sache sich nur von künftigen Verpflichtungen in Betreff derselben, aber keineswegs von bereits eingetretenen durch die Verzichtleistung auf solche Rechte entledigen kann; so muß gegen den ausgetretenen Gewerken eine Klage auf die rückständigen Zubußen für vollkommen statthaft geachtet werden, wenn dem nicht in dem einzelnen Lande, oder bei der einzelnen Gewerkschaft ein klares Gesetz oder Herkommen entgegensteht. — Nach diesen Grundsätzen bestätigte das Oberappellationsgericht J. S. von Leonhardi c. von Gienanth am 27sten Juni 1826 die Erkenntnisse der beiden vorigen Instanzen, welche den Beklagten für verpflichtet erklärt hatten, die vor seiner Erklärung, abbauen zu wollen, aufgelaufenen Zubußen, dieser Aufgabe seiner Rechte ungeachtet noch zu bezahlen [12]).

---

[11]) Churpfälz. Bergordn. Th. 2. §. 27. coll. §. 28, 67. (Wagner a. a. O. S. 395, 6; 409.). Vgl. d. bairische Bergordn. Art. 42. (ebend. S. 359; u. bei Hake a. a. O. S. 482.).

[12]) Der Fall betraf ein im jetzigen Rheinbaiern, ehemals zu Pfalz-Zweibrücken gehöriges Queckſilber-Bergwerk; und sonach schlug hier das Not. 10. angeführte Gesetz ein; dessen Anwendung es auch weder entgegen stand, daß daselbst noch zwei spätere Bergordnungen in den Jahren 1565 und 1590 ergangen sind (Wagner a. a. O. S. 731—766); denn diese haben die früheren nicht aufgehoben, sondern nur ergänzt und modificirt;

Digitized by Google

noch, daß das linke Rheinufer eine Zeit lang dem französischen Reiche einverleibt war, denn jene Gesetze galten noch bis zur Zeit der französischen Herrschaft (Wagner a. a. O. Vorrede S. XXV.); und das Bergrecht gehört nicht zu dem im Code civil abgehandelten Materien, mithin blieb darüber das alte Recht an sich fortwährend gültig (Zachariä Handb. d. franz. Civilr. B. 1. Vorr. S. 82—4.); auch später sind aber in Frankreich keine jene älteren Bergrechte aufhebende Verordnungen erschienen.

Digitized by Google

XXIII.

Von der Verpflichtung der Rheder und Befrachter aus Verträgen und Versehen des Schiffers.

§. 1.

Es läßt sich in unsern Seerechten, besonders in denjenigen, welche im südlichen Europa, wo das römische Recht immer einen großen Einfluß behauptet hat, entstanden sind, von mancher Idee nicht verkennen, daß sie aus der alten Welt herüber genommen worden ist. Aber, so wie überhaupt in der neuen Welt der Handelsverkehr ein ganz anderer geworden ist, und sich dadurch ein ganz eigenthümliches Recht, dessen Institute dem römischen Rechtssysteme zum Theil ganz fremd sind, gebildet hat; so haben insbesondere die Schifffahrt und der Seehandel eine so durchaus andere Gestalt gewonnen, an Umfang und Ausdehnung so zugenommen, und einen so veränderten Gang und Betrieb der Geschäfte, und damit zugleich eine solche Menge neuer, eigenthümlicher Einrichtungen erhalten, daß man gerade in dieser Lehre aus dem gemeinen Rechte mehrentheils nur die allgemeineren auf der Natur der Sache beruhenden und überall anwendbaren Grundsätze, aber sehr selten das positivere Detail benutzen kann. Gerade hier zeigt sich recht lebhaft die Nothwendigkeit, vor allen Dingen aus den neueren Seerechten, und aus dem eingeführten Geschäftsgange die bei uns lebenden Rechtsideen zu entwickeln, und diese als die

Digitized by Google

nächste und unmittelbarste Norm des Handelns und der Entscheidung aufzustellen.

§. 2.

Um aber dazu zu gelangen, genügt es in der Regel nicht, das eigene Seerecht zu befragen, sondern es müssen die der benachbarten und befreundeten Staaten und Nationen zur Ergänzung und Erläuterung herbei gezogen werden, und läßt sich die Statthaftigkeit dieses Verfahrens auch um so weniger bezweifeln, da der Handels- und Schifffahrts-Verkehr einen lebhaften Austausch der Ideen, eine große Uebereinstimmung in der Art die Geschäfte zu betreiben, und, was damit nothwendig verbunden ist, eine allgemeine Verbreitung vieler Rechtsinstitute hervor gebracht hat. Ist aber dieses, so bleibt es wenigstens jedenfalls lehrreich, zu untersuchen, wie sich dasselbe Institut an verschiedenen Orten im Einzelnen näher ausgebildet hat; aber die Untersuchung wird häufig auch noch mehr, nämlich ein wirklich practisches Resultat liefern. Denn treffen wir bei allen Staaten, mit welchen der unsrige in lebhaften Geschäftsverbindungen steht, auf dieselbe rechtliche Ansicht, und beruht dieselbe auf Gründen, die in gleicher Maaße auch bei uns eintreten, so wird sich daraus mit Sicherheit die Folgerung ziehen lassen, daß solche Rechtsidee auch bei uns ihre Anwendung finden müsse, wenn sie auch in unserm besonderen Seerechte entweder überall nicht, oder nur in schwachen, an sich unsichern Andeutungen ausgedrückt sein sollte. Denn die Uebereinstimmung der übrigen, mit uns verwandten seefahrenden Nationen kann keine zufällige, sondern nur das Product gleicher Bedürfnisse und einer gleichen Zweckmäßigkeit für Alle sein; und das dadurch erzeugte Gewohnheitsrecht, welches sich im Leben gewöhnlich als die Natur der Sache oder als etwas

Digitized by Google

Nothwendiges, was vernünftiger Weise nicht anders sein kann, ankündigt, hat nach Beschaffenheit des Herkommens auch da, wo es nicht speciell sanctionirt ist, wo aber zufolge der allgemeinen Meinung die Natur der Sache es ebenfalls erheischt, seine Gültigkeit, wenn ihm nur an dem Orte keine besonderen Rechtsgründe entgegen stehen. Diese Grundsätze, worauf zum großen Theil die verbindliche Kraft der kaufmännischen Usanzen beruht, werden gerade in dieser und in der folgenden Abhandlung in Betreff der drei freien Hansestädte sehr zur Anwendung kommen, da über den Gegenstand derselben die Bestimmungen ihrer Seerechte zum Theil weniger klar und bestimmt, als die der benachbarten und befreundeten Staaten sind.

§. 3.

Werfen wir nun zuvörderst einen Blick auf den Schiffer, wie er uns nach den Bestimmungen des römischen Rechtes erscheint, so erblicken wir ihn als denjenigen, dessen Sorge das Schiff und dessen Angelegenheiten mit sehr ausgedehnter Vollmacht anvertrauet sind [1]); indem ihm die Annahme der Passagiere und Fracht, die Ausbesserung und Ausrüstung des Schiffes, und nicht selten auch die Geschäfte eines Cargadeurs übertragen sind [2]), ohne daß hiebei ein Unterschied gemacht wird, ob er sich mit dem Schiffe am Wohnorte der Rheder, oder in der Fremde befindet. Alle Verträge, welche der Schiffer innerhalb dieses ihm angewiesenen Geschäftskreises schließt, verpflichten den Rheder persönlich, und befreiet es denselben nicht, wenn etwa der

[1]) l. 1. §. 1. D. de exercitor. act. (14, 1.). coll. l. 57. pr. D. de V. S. (50, 16.).

[2]) l. 1. §. 3, 7. D. eod. l. 1. §. 2. D. nautae, caupones (4, 9.).

Schiffer das für ein reelles Bedürfniß des Schiffes angeliehene Geld veruntreuet und in ſeinen eigenen Nutzen verwendet, genug, daß der Darleiher ſich überzeugte, es ſei wirklich ein, und ein ſo großes Bedürfniß für das Schiff und die Möglichkeit vorhanden, dem an jenem Orte abzuhelfen [3]). Auch hörte die Verpflichtung des Rheders nicht auf, wenn etwa das Schiff unterging, oder die vom Schiffer ſucceſſive auf daſſelbe gemachten, noch unberichtigten Verwendungen den Werth des Schiffes überſtiegen, und er ſich bereit erklärte, daſſelbe den Gläubigern für den Belauf ihrer Forderungen zu überlaſſen. Desgleichen haftete der Rheder Dritten für den Schaden, den der Schiffer und das Schiffsvolk denſelben in Angelegenheiten des Schiffes zugefügt hatten [4]). Und gehörte das Schiff Mehreren, ſo hafteten ſie nicht Jeder nach Maaßgabe ſeines Schiffsparts, ſondern ſolidariſch [5]), und blieb es dem Rheder, welcher das Ganze bezahlt hatte, nur überlaſſen, ſich mit ſeinen Mitrhedern zu berechnen, und für ihren Antheil von denſelben Erſatz zu ſuchen. Für die Sicherheit und das Intereſſe der Schiffsgläubiger war mithin im hohen Grade geſorgt, deſto weniger aber für das der Rheder, welche, ohne daß das eine Gränze hatte, durch Untreue, Leichtſinn, Ungeſchicklichkeit und Unglück des Schiffers auf gleiche Weiſe

[3]) l. 1. §. 7 — 9; l. 7. pr. §. 1. D. de exercit. act. (14, 1.).

[4]) l. 1. §. 2. D. eod. §. 3. I. de oblig. quae quasi ex delicto (4, 5.). t. t. D. nautae, caupones. (4, 9.).

[5]) l. 1. §. 25 — l. 4. §. 3. D. de exercit. act. (14, 1.). Dem ſteht auch l. 7. §. 5. D. nautae, caupones (4, 9.) nicht entgegen; denn dieſes Geſetz redet nicht von dem Falle, wo der Schiffer, ſondern wo die Rheder ſelbſt das receptum vorgenommen haben.

Digitized by Google

gefährdet waren, und außerdem noch ein Risiko liefen, wenn ihre Mitrheder keine sichere Leute waren.

§. 4.

Diese Grundsätze werden nun auch noch von den älteren italienischen, spanischen und selbst von deutschen Schriftstellern über das See- und Handelsrecht als fortwährend gültig gelehrt, so daß sie es namentlich den Rhedern nicht gestatten, sich von Vertrags- und Delicts-Schulden des Schiffers durch das Hingeben des Schiffes zu befreien, und daß sie mehrere Rheder für solidarisch verpflichtet erklären[9]). — Allein wenn auch solche Lehren in der Theorie aufgestellt wurden, und wenn sie selbst in einzelnen Ge-

[9]) So Straccha de nautis. Pars ult. nr. 2—4. (in Opere de mercatura pag. 417.); Hevia labyrinthus commercii navalis cap. 4 nr. 17—25; cap. 12 nr. 40; Rocchus de navibus et naulo Not. 23, 24, 26, 27, 65, 70, 176—9; Marquad de iure mercatorio lib. 1. cap. 8. nr. 36—40; lib. 2. cap. 10. nr. 18; B. G. Kramer (praes. Struck). D. de iure navium. Francof. ad Viadrum. 1668. cap. 4. §. 15. Uebrigens müssen doch schon damals Ideen von der Statthaftigkeit des Hingebens des Schiffes, namentlich für gemachte Schadensansprüche, geäußert sein, denn Hevia findet es für nothwendig, diese Ansicht zu widerlegen. Seine Argumentation verdient der Seltsamkeit wegen angeführt zu werden. Er sagt l. c. cap. 12 nr. 40, nach der lateinischen Uebersetzung des Florentiners Brigoncius: „Nec satisfaciunt magister vel dominus navis tradendo illam in solutionen damnorum, sed illa integre solvenda sunt; nam satisfieri non potest tradenda navi, tanquam ea sit, quae damnum dedit; non enim navis delinquit, nec causam damni dat, quum sensu careat, ut requiritur, ut ad hoc tradatur, quem habent animalia, quae damnum dant, et ideo traduntur, ad differentiam rei, quae sensum non habet, et ideo non traditur."

Digitized by Google

richten und gerichtlichen Entſcheidungen zur Anwendung gebracht ſein mögen, ſo finden ſich doch auf der andern Seite bereits in den Seerechten der mittleren Zeit, und in der Praxis abweichende Grundſätze befolgt, deren Tendenz beſonders auf dreierlei geht, was jetzt im Folgenden näher erörtert werden ſoll.

§. 5.

Einmal nämlich fing man, wie dieſes bei der Benutzung größerer, koſtbarer Schiffe, namentlich zum Handel nach anderen entfernten Welttheilen ſehr natürlich war, an, die Rhederei als eine Art von Actiengeſchäft zu betreiben. Es vereinigten ſich Mehrere zur Erbauung oder zum Ankauf eines Schiffes, zu welchem Endzwecke ſie daſſelbe in gewiſſe Parten zerlegten, von welchen jeder Theilnehmer einen oder mehrere als ſeine Actie bei dem Geſchäfte übernahm. Dieſe Schiffsparten dienten und dienen nun aber nicht bloß dazu, um nach denſelben das Verhältniß der Rheder unter einander, die Entſcheidung bei Meinungsverſchiedenheiten, das Verhältniß der Beiträge zu den Ausrüſtungskoſten, und die Antheile an Gewinn und Verluſt zu reguliren[7]); ſondern

[7]) S. z. B. das lübiſche Recht lib. 6. tit. 4. art. 6. Hanſeat. Schiffsr. v. J. 1591. Art. 57; v. J. 1614. Tit. 5. Art. 7. Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 13. Art. 2; Tit. 14. Art. 33, coll. die alt. Statut. v. J. 1292. Schipr. Art. 24; v. J. 1497. P. 2. Das ſchwed. Seer. v. J. 1667. Abth. 3. Kap. 4. Das preuß. Seer. v. J. 1727. Kap. 2. Art. 1. u. 3; preuß. Aſſec. Ordn. v. J. 1766. Abſchn. 9. §. 129; preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 1427, 1428, 1929. Ordonnance de la marine de l'an 1681. Liv. 2. tit. 8. art. 5. Code de Commerce art. 220. Niederländ. Handelsgeſetzb. B. 2. Tit. 2. Art. 1, 2. v. Martens Handelsrecht. §. 154. Pardessus cours de droit commercial P. 3. t. 1. ch. 4. §. 620.

Digitized by Google

es geht der Zweck der Einrichtung namentlich auch dahin, daß die Rheder bei einem und demſelben Schiffe keinem zu großen Riſiko ausgeſetzt ſein wollen. Dem würde es nun aber durchaus widerſtreiten, wenn jeder einzelne Rheder den Schiffsgläubigern zum Vollen haften, und ſich wegen des Beitrages ſeiner Mitrheder mit ſeinem Regreß an dieſe verweiſen laſſen müßte. Daher hat ſich denn in den neueren Seerechten und in der heutigen Praxis ſehr allgemein der Grundſatz gebildet, daß mehrere Mitrheder Dritten nicht, wie nach gemeinem Rechte, ſolidariſch, ſondern nur nach Maaßgabe ihrer Schiffsparten verpflichtet ſind[a]). Dieſes Prinzip gilt aber nur von der Verpflichtung der

---

Tom. 3. pag. 42, 44. Delvincourt institutes de droit commercial français Tom. 1. pag. 119; Tom 2. pag. 180 — 3.

[a]) Die Belege hiefür aus den Geſetzen werden weiter unten §. 7. ff. vorkommen. Von Schriftſtellern vergl. nur Schilter praxis iuris Romani ex. 27. §. 18 — 20; Loccenius de iure maritimo lib. 3. cap. 8. §. 10; Wedderkop introd. in ius nauticum lib. 1. §. 3, 6, 7. Jacobſen Seerecht des Friedens und des Krieges S. 64. Nur in Betreff des engliſchen Rechts möge hier ſofort bemerkt werden, daß auch, wer dort die Rhederei aus einem das Schiff betreffenden Vertrage oder auch aus einem Delicte in Anſpruch nehmen will, eigentlich die Klage gegen alle zuſammen richten ſoll; und daß, wenn er einen Einzelnen auf das Ganze belangt, dieſer mittelſt einer plea in abatement die Reduction der Klage auf den ihm nach ſeinem Schiffsparte betreffenden Antheil bewirken kann. Verſäumt aber der Beklagte dieſe Vertheidigung, ſo wird der Kläger mit ſeinem Anſpruche auf das Ganze zugelaſſen, und muß der Beklagte nachher bei ſeinen Mitrhedern ſeinen Regreß ſuchen. Abbot a treatise of the the law relat. to merchant ships and seaman. P. 1. ch. 3. nr. 13. pag. 103 — 5. coll. pag. 127, 8. ed. 4.

Digitized by Google

Rheder als ſolcher; denn käme noch ein anderer Grund der ſolidariſchen Verpflichtung, z. B. ein dem Schiffer ertheilter unerlaubter Auftrag hinzu, ſo iſt nicht abzuſehen, weshalb nun die mehreren Rheder nicht auch Einer für Alle gehalten ſein ſollten.

§. 6.

Zweitens iſt in unſern Seerechten durchgehends ein großer Unterſchied zwiſchen den Befugniſſen des Schiffers am Wohnorte der Rheder und ſeinen Befugniſſen in der Fremde gemacht. Am Wohnorte der Rheder ſoll er nach vielen Geſetzen die Schiffsmannſchaft, obwohl deren Auswahl und Annahme überall zunächſt ihm überlaſſen iſt und überlaſſen bleiben muß, nur nach gehaltener Rückſprache mit den Rhedern bilden [9]). Wo Letztere anweſend ſind, da ſoll er am Schiffe

[9]) z. B. Ordonnance de la marine de l'an 1681 liv. 2. tit. 1. art. 5. Vgl. mit den Anmerk. in d. Ausg. v. J. 1715 pag. 117, 8; coll. 223, 4. Code de Commerce art. 223. Vgl. Locré esprit du C. d. C. Tom 3. p. 81—86; Delvincourt instit. de droit commercial. Tom. 2. p. 229. Pardessus cours de droit commercial. Tom. 3. p. 55, 56, 102. Vincens législation commerciale. Tom. 3. p. 135. Niederländ. Handelsgeſ. Buch. B. 2. Tit. 3. Art. 4. — Andere Seerechte überlaſſen die Annahme des Schiffsvolks gänzlich dem Schiffer, ohne ihn hiebei zu einer Rückſprache mit den Rhedern oder deren Bevollmächtigten zu verpflichten. Wisbyiſche Seerecht. Art. 1. coll. 43, 45, 64 u. 72 (die Citate ſind nach der Ausg. von Engelbrecht im Corpus iuris nautici). Lüb. Recht lib. 6. tit. 1. Art. 2. Hamburg. Statut. Th. 2. Tit. 14. Art. 16 u. 25. Hanſeat. Seer. v. J. 1591 Art. 18. u. 24; v. J. 1614 Tit. 3. Art. 2. Däniſch. Geſetzb. v. J. 1683. B. 4. Kap. 1, 3. Art. 1. a. E. Schwed. Seer. v. J. 1667. Abth. 1. Kap. 1. (Ueberſ. v. Hagemeiſter S. 5. ff.). Preuß. Seer.

Digitized by Google

nicht bauen und beſſern, keine Baumaterialien, Geräthe, Schiffsbedürfniſſe und Victualien kaufen [10]), keine Darlehen zu ſolchem Zwecke aufnehmen und noch weniger deshalb das Schiff mit Bodmereiſchulden beſchweren [11]) ohne zu alle dem die Zuſtimmung der Rheder, oder der von

---

v. J. 1727. Kap. 3. Art. 54. coll. Kap. 4. Art. 1. Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 1508, 1535, 1540. Ruſſiſche Ordn. d. Handelsſchifffahrt v. J. 1781. Hauptſt. 2. Art. 22; Hptſt. 5. Art. 79; Hptſt. 6. Art. 124; Hptſt. 9. Art. 176. Abbott l. c. p. 127.

[10]) Consolato del Mare Kap. 236. pr. (nach der Ausg. von Weſterveen und d. Ueberſ. v. Engelbrecht; denn die Ausg. v. Capmany weicht in der Ordnung ganz ab). Ordonn. de la marine II., 1. art. 17. coll. 30; III., 5. art. 8. Code de Com. art. 1232. Niederl. Handelsgeſetzb. II., 3. Art. 23, 29. coll. 10. Hamburg. Statut. II., 13. Art. 4.; 14. Art. 9. u. 33. Hanſeat. Schiffsordn. v. J. 1591. Art. 3, 4, 5; v. J. 1614. I. Art. 4. u. 6; V., 1. Das preuß. Seer. v. J. 1727. III., Art. 27. ſtellt das allgemeine Prinzip auf: „Alles, was der Schiffer an dem Orte, wo ſeine Rheder ſich befinden, wegen des ihm anvertraueten Schiffes thut und vornimmt, ſolches muß mit ihrem Wiſſen und Willen geſchehen."

[11]) Ordonnance de la marine. III., 5. art. 8. Code de Com. art. 321. Niederl. Hdlsgſb. II., 8. Art. 11. Hanſeat. Schiffsordn. v. J. 1591. Art. 56; v. J. 1614. VI., Art. 1. Hamburg. Statut. II., 18, Art. 1. Däniſch. Geſetzb. IV., 5. Art. 2. Schwed. Seer. IV., Art. 2. Preuß. Seer. v. J. 1727. VII., Art. 3. Preuß. Landr. II. 8. §. 2383. Abbat. l. not. 8. cit. P. 2. ch. 3. in specie pag. 148. Emerigon des contrats à la grosse ch. 4. sect. 3. Vgl. zu den Gegenſtänden dieſer und der vorigen Note noch Delvincout l. c. T. 2. pag. 229, 30. Fardessus l. c. T. 3. pag. 58, 59; 102, 3; 509, Vincens l. c. T. 3. pag. 134, 5.

Digitized by Google

derſelben beſtellten Bevollmächtigten eingeholt zu haben. Endlich darf er auch nicht eigenmächtig das Ziel ſeiner Reiſe beſtimmen [12]), und nach manchen Seerechten ſogar ohne vorherige Rückſprache mit denſelben gar keinen Befrachtungscontract abſchließen [13]). Nimt man alle dieſe Vorſchriften zuſammen, ſo ergiebt es ſich daraus, daß die Vollmacht des Schiffers am Wohnorte der Rheder eine ſehr beſchränkte, er in allen weſentlichen und erheblichen Punkten an deren Zuſtimmung gebunden, und nur mit der Vollziehung ihrer Beſchlüſſe, ſo wie mit der Ausführung ſolcher Maaßregeln, die von den Rhedern wegen Mangels der erforderlichen techniſchen Kenntniſſe nicht wohl ſelbſt ausgeführt werden können, beauftragt iſt [14]). In letzterer

[12]) Die Hamburg. Statut. II., 14. Art. 33. ſchränken hiebei den Schiffer nur in ſoweit ein, daß er nach keinem andern Ort, als wohin die Mehrheit der Rheder es beſchloſſen hat, ſegeln darf. Schon ein hanſeat. Receß v. J. 1447 erklärte ſolche eigenmächtige Befrachtungen des Schiffers für unverbindlich. Vgl. d. däniſche Geſetzb. IV., 2. Art. 1.

[13]) Ordon. de la marine III, 1. art. 2. Code de Com. art. 232. in fin. Vincens l. c. Tom 3. pag. 136. Niederländ. Handelsgeſetzb. II, 3. Art. 29. Preuß. Seer. v. J. 1727. V. Art. 1. coll. preuß. Landr. II, 8. §. 1508, 1515. Ruſſ. Seer. VII, Art. 128. coll. IX, Art. 170.

[14]) Die Belege hiefür ſind in jedem Seerechte anzutreffen, und gehört das Detail darüber nicht hieher. Nicht unpaſſend drückt Pathier das leitende Prinzip ſo aus: „les propriétaires sont“ censés n'avoir préposé le maître pour les affaires du vaisseau, qu' en cas d'absence, et pour ce qu' ils ne pourraient faire commodément pour eux-memes;“ nur darf man, wie überhaupt bei ſolchen allgemeinen Sätzen nicht vergeſſen, daß dieſes im Einzelnen nach dem Herkommen manche Modificationen erleidet.

Digitized by Google

Hinsicht liegt es ohne Zweifel dem Schiffer ob, und kommt ihm zu, die Tüchtigkeit des Schiffes vor der Reise zu untersuchen, auf die Abstellung der etwaigen Mängel zu bestehen, für eine gehörige Ausrhebung und Verproviantirung des Schiffes Sorge zu tragen; die Güter zu empfangen, und ihre ordnungsmäßige Verladung, Stauung und Garnirung zu beschaffen.

§. 7.

Ist daher die Ausbesserung und Ausrüstung des Schiffes zu einer Reise von den Rhedern beschlossen, so hat er den Bau zu leiten und zu beaufsichtigen, auch die dazu nothwendigen Schiffsbedürfnisse anzuschaffen, wenn er gleich bei diesem Letzteren wieder im Einzelnen mit den Rhedern oder deren Buchführer Rücksprache nehmen muß, so wie das Vorzunehmende nicht gerade das ganz Gewöhnliche und Laufende ist. Da nun aber der Schiffer es ist, welcher solche Ankäufe mehrentheils auf seinen eigenen Namen besorgt, mithin er auch den Dritten aus diesen Geschäften unmittelbar verpflichtet wird, er aber nicht nöthig hat, für seine Rheder in Vorschuß zu gehen, oder Schiffsschulden unberichtigt stehen zu lassen, so kann er von den Rhedern nach Maaßgabe ihrer Schiffsparten die erforderlichen Beiträge zu den Kosten der beschlossenen Reparatur und Ausrüstung verlangen. Sind sie hierin säumig, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er sie darauf gerichtlich belangen könnte. Allein selbst das schleunigste processualische Verfahren würde dem Bedürfnisse der Eile in Schiffsangelegenheiten selten genügen; und deshalb ist hier überall in den Seerechten dem Schiffer die Gewalt eingeräumt, sich selbst für den Säumigen das erforderliche Geld zu verschaffen. Doch weichen die Gesetze in den Vorschriften

Digitized by Google

über die dabei zu beobachtende Verfahrungsweiſe einiger Maaßen von einander ab.

§. 8.

Nach dem Consolato del mare darf der Schiffer dann für den ſäumigen Rheder das erforderliche Geld verzinslich aufnehmen, „und es ſoll dieſe Schuld nebſt den Zinſen, die der Schiffer dem Darleiher verſprochen hat, aus dem Schiffspart des Rheders bezahlt werden, und wenn auch das ganze Part darauf ginge, weil wegen ſeines eigenen Verſchuldens dieſes Darlehn aufgenommen werden mußte. Und trüge es ſich zu, daß das Schiff verunglückte, und das Anleihen noch nicht bezahlt wäre, ſo ſoll das Vermögen des Rheders für dieſe Schuld haften, weil ſie mit ſeinem Wiſſen und durch ſein Verſchulden gemacht iſt [15]).“ Hienach haftet alſo ein ſolches Anleihen nicht bloß als eine dingliche Schuld auf dem Part des Rheders, ſondern es verpflichtet denſelben außerdem auch noch perſönlich. Nach engliſchem Rechte kann in einem Falle der Art der Schiffer die Rheder zwar wohl perſönlich aber auch nur perſönlich verpflichten, die Schiffsparte derſelben hingegen in der Heimath, wovon allein hier noch die Rede iſt, durchaus nicht mit einem dinglichen Rechte belaſten [16]). In vielen andern Seerechten dagegen iſt dem Schiffer nur die Befugniß eingeräumt, die auf den Antheil des ſäumigen Rheders fallende Summe ſich mittelſt der Benutzung

---

[15]) „per ço car ab sabuda è per culpa d'ell se seria feta aquella dita manleuta“ drückt das Original die Schlußworte des Satzes aus. Consol. de mare cap. 238. ed. Capmany. pag. 298; cap. 236. §. 1. der andern Ausg.

[16]) Abbott. l. c. pag. 126 — 142, 148.

Digitized by Google

des Realcredits von deſſen Schiffspart zu verſchaffen, mit andern Worten, denſelben zu verbodmen, wobei nur in neueren Geſetzen noch wohl erfordert wird, daß er hiezu vorgängig die Genehmigung der Mitrheder oder die Authoriſation des Richters einhole [17]). Obwohl nun dieſe Art das Geld anzuleihen, wegen der vom Darleiher hinzu gerechneten Bodmereiprämie, nicht die wohlfeilſte iſt, ſo gewährt ſie doch demjenigen, deſſen Schiffspart in ſolcher Maaße verpflichtet wird, den eigenthümlichen Vortheil, daß dadurch ſeine fortune de terre gar nicht afficirt, und er von allen Anſprüchen an ſeine Perſon befreiet wird, wenn das Schiff verunglückt oder er ſeine Rechte an daſſelbe dem Bodmereigeber überläßt. Wo daher die Geſetze dem Schiffer geſtatten den Part des Rheders für die rückſtändigen

---

[17]) So verordnen es namentlich die älteren und neueren franzöſiſchen Seerechte; (Ordonn. de la marine II, 1. art. 18; III, 5. art. 9; Cod. de Comm. art. 233, 322. Locré l. c. Tom. 3. p. 110, 1; 365, 6. Vincens l. c. Tom. 3. pag. 135); die hanſeatiſchen Geſetze (hanſeat. Schiffsordn. v. J. 1591. Art. 11. med. u. 57; v. J. 1614. V, 7.); und das preuß. Seerecht v. J. 1727. II. Art. 6; VII. Art. 3. Das preuß. Landr. II, 8. §. 2379 u. 2383. dagegen verbietet es dem Schiffer ohne Ausnahme, am Wohnorte der Rheder ohne deren beſondere Zuſtimmung Bodmerei zu ſchließen; und können nach demſelben der Schiffer und die übrigen Rheder nur als berechtigt angeſehen werden, von dem Säumigen Schadenserſatz oder Verzugszinſen zu fordern (Preuß. Landr. II, 8. §. 1426. coll. I, 18. §. 203. 4.), und von ihm zur Sicherung ihrer etwaigen Vorſchüſſe die Einräumung eines Pfandrechts an ſeinem Schiffsport zu verlangen. (Preuß. Landr. I, 20. §. 318. coll. §. 319.). Es wird dann aber derſelbe natürlich von dieſer Schuld nicht frei, wenn auch das Schiff verunglücken ſollte.

Digitized by Google

Beiträge zu verbodmen, da kann man es nicht als ein Minus dieſer Befugniß, und folglich nicht als erlaubt anſehen, daß er jene Summe auf den perſönlichen Credit des Rheders, und auf eine denſelben für ſeine Perſon verpflichtende Weiſe aufnehme. Noch andere Rechte endlich erlauben es dem Schiffer, zunächſt das Geld auf andere Weiſe für den Rheder anzuleihen, und erklären dann deſſen Perſon, ſo wie deſſen Part dafür verpflichtet; und nur im Nothfalle befugen ſie ihn zur Zeichnung einer Bodmerei [18]).

§. 9.

Wenn übrigens der Schiffer da, wo er nur mit Zuſtimmung ſeiner Rheder, an deren Wohnort er ſich befindet, handeln ſoll, eigenmächtig gehandelt hat; ſo erſcheint ſolches in Beziehung auf dieſelben als eine verbotene Geſchäftsführung, und ihm ſtehen daher aus ſolchen Geſchäften nur in ſoweit Anſprüche an die Rheder zu, als dieſe ſich ſonſt mit ſeinem Schaden bereichern würden [19]), und iſt er ſeinerſeits ihnen dagegen für allen Nachtheil verantwortlich, den er ihnen dadurch zugefügt hat. Eine andere Frage iſt aber die, welchen Einfluß dieſer Umſtand auf

---

[18]) So namentlich das ſchwed. Seer. III. Kap. 2.; IV. Kap. 2. a. E.; und das niederländ. Handelsgeſb. II, 3. Art. 17; und 8. Art. 12.

[19]) l. 6. §. 3. D. de negotiis gestis (3, 5.). „Thäte der Schiffer hierüber, ſollen ihm die Freunde zu der Unkoſtung nicht ſchuldig ſein zu antworten," verordnet ſcheinbar noch ſtrenger das hanſeat. Seer. v. J. 1591. Art. 3; v. J. 1614. I, 4 u. 6; IV, 5; V, 1; allein das heißt doch nichts weiter, als, ſie ſind an ſich dazu nicht verpflichtet. Damit iſt es aber nicht abgeſprochen, daß ſie es nicht wegen einer hinzu tretenden Bereicherung werden können.

Digitized by Google

den Rechtsbestand des Geschäftes hat, und ob die Rheder dadurch dem Dritten verpflichtet werden oder nicht? — Nach allgemeinen Grundsätzen würde diese Frage unbedenklich zu verneinen sein, weil darin eine Ueberschreitung der Vollmacht liegt; allein nach den Prinzipien des Seerechts, welches, wenn der Schiffer nur im Ganzen innerhalb der Gränzen des ihm angewiesenen Geschäftskreises bleibt, Ueberschreitungen der besonderen ihm gewordenen Aufträge und Einschränkungen die Rheder, welche den Schiffer gewählt haben, aber nicht unschuldige Dritte entgelten läßt[20]; muß bei der gedachten Frage unterschieden werden, wie bei dem Abschlusse des fraglichen Geschäftes gewöhnlich verfahren zu werden pflegt. Ist es von der Art, daß regelmäßig der Schiffer allein es mit dem Dritten eingeht, so braucht dieser sich nicht davon zu vergewissern, ob Jener auch die erforderliche Rücksprache mit seinem Prinzipale gehalten hat, sondern ist berechtigt anzunehmen, daß dieses geschehen sei, und daß die Rheder wohl ihren Setzschiffer in der gehörigen Controle halten werden. Ist hingegen das Geschäft ein solches, welches die Rheder oder deren Bevollmächtigte selbst abzuschließen, oder doch bei dem Abschlusse desselben zu concurriren pflegen, so handelt der Dritte, welcher demohngeachtet mit dem Schiffer allein contrahirt, ohne daß dieser ihm ein specielles Mandat der Rheder vorlegt, auf seine eigene Gefahr, und muß erwarten, ob die Letzteren demnächst das Geschäft bestehen lassen oder es aufrufen [21]). Im Einzelnen hängt daher bei dieser Frage sehr vieles von localen Usanzen, ja sogar von der Obser-

[20]) l. 1. §. 5, 7 — 12. D. de exercitor. act. (14, 1.)

[21]) Abbott l. c. pag. 126, 7.

Digitized by Google

vanz der einzelnen Rhederei ab. Denn ſpräche auch die allgemeine Uſanz für den Rechtsbeſtand eines gewiſſen vom Schiffer abgeſchloſſenen Geſchäftes, ſeine Rheder wären aber gewohnt, ſolches Geſchäft ſelbſt zu beſorgen, ſo würde der Dritte, welchem dieſe Handlungsweiſe der Rheder bekannt wäre, ſie an ſich nicht in Anſpruch nehmen können, wenn er nicht mit ihnen, ſondern bloß mit dem ohne ihre ſpecielle Authoriſation handelnden Schiffer contrahirt hätte.

§. 10.

Im Allgemeinen aber läßt ſich nach dem obigen Prinzipe wohl unbedenklich ſo viel ſagen, daß, wo darüber auch nach den Geſetzen mit den Rhedern Rückſprache genommen werden muß, dieſelben dennoch durch ein einſeitiges Handeln des Schiffers verpflichtet werden, wenn die Annahme der Schiffsmannſchaft [22]), die Vornahme unbedeutender und ungewöhnlicher Reparaturen, die Ankäufe kleinerer Schiffsbedürfniſſe [23]), oder die Annahme nicht gefährlicher [24]) Stückgüter zu einer von den Rhedern gebilligten Reiſe [25]) in Frage ſteht. Würde hingegen der Schif-

---

[22]) Ordonnance de la marine, dans les notes de l'edition de l'an 1715 pag. 117, 8; coll. pag. 223, 4. Delvincourt l. c. Tom. 2. pag. 229. Locre l. c. Tom. 3. pag. 81—86. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 55, 56, 102.

[23]) Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 58, 59; 102, 3.

[24]) Denn die Annahme von Contrebande würde die Rheder ohne ihr Wiſſen und Willen nicht verpflichten, und würden ſie nicht gehalten ſein, ſolche im Schiffe zu laſſen. Vgl. d. preuß. Landr. II, 8. §. 1486, 7; 1596.

[25]) Delvincourt l. c. Tom. 2. pag. 230. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 59. Preuß. Seer. v. J. 1727. V, Art. 1. Vgl. oben Note 12.

Digitized by Google

ser am Wohnorte der Rheder eigenmächtig die Ausrhedung des Schiffes, eine Hauptreparatur an demselben, dessen Verfrachtung mittelst einer Chartenpartie vornehmen, oder Anleihen für dasselbe contrahiren, wohl gar das Schiff verbodmen, so könnten die Rheder zur Erfüllung der deshalb von dem Schiffer eingegangenen Verbindlichkeiten nicht genöthigt werden; sondern es würden dieselben lediglich den Schiffer, und, bei einer dinglichen Verpflichtung, dessen Schiffspart treffen [26]). Nur aus der Person des Schiffers, und mithin nur in soweit als diesem solcher Verwendungen wegen noch ein Klagerecht gegen seine Rheder zuständе, würde alsdann auch von den Dritten ein Anspruch gegen die Letzteren erhoben werden können. Dieses würde mithin einentheils der Fall sein, wenn eine nützliche Verwendung für die Rheder statt gefunden hätte, und sie sich ansonst mit dem Schaden des Dritten bereicherten [27]), und anderntheils aber, wenn der Schiffer die

---

[26]) „Wenn man ein Schiff in dem Namen Gottes ausrheben will, so soll es mit der Freunde Wissen und Willen geschehen;" verordnet das hanseat. Seer. v. J. 1614. Tit. 5. Art. 1. — Daß eine vom Schiffer am Wohnorte der Rheder ohne deren Zustimmung gezeichnete Bodmerei, den oben §. 7 u. 8 erwähnten Ausnahmsfall abgerechnet, nur dessen eigenen Part, aber nicht die Parte der übrigen Rheder afficire, ist in vielen Seerechten ausdrücklich bemerkt; und wird das auch ohnedies von den Schriftstellern einstimmig angenommen. S. oben Not. 11.

[27]) Vgl. Not. 19. Emerigon des contrats à la grosse ch. 4. sect. 3. pag. 425. Boncher institution du droit maritime chap. 5. §. 152 — 4, pag. 52, 53. Delvincourt l. c. Tom. 1. pag. 147 — 9; Tom. 2. pag. 230. Locre l. c. Tom. 3. p. 108, 9; 361 — 4.

Digitized by Google

Verträge zwar in unerlaubter Form jedoch zu erlaubtem Zwecke abgeſchloſſen hätte; wo dann zwar die Rheder nicht aus jenem Vertrage inmaaßen er eingegangen, wohl aber in ſoweit er eingegangen werden durfte, belangt werden können. Macht daher der Schiffer ihm erlaubte Auslagen zur Erhaltung und Beſſerung des Schiffes, und nimt er das dazu erforderliche Geld auf Bodmerei auf, ſo kann ſolche Schuld als Bodmereiſchuld für die Parte der übrigen Rheder nicht beſtehen, aber ſie können daraus den Umſtänden nach wohl als aus einem Darlehen zur Bezahlung nützlicher Schiffsauslagen in Anſpruch genommen werden [28]).

§. 11.

Uebrigens entſteht noch die Frage, wann und wie lange der Schiffer am Wohnorte der Rheder oder Ladungsintereſſenten anweſend anzuſehen, mithin ſeine wichtigeren das Schiff und die Ladung betreffenden, ohne deren beſondere Zuſtimmung geſchloſſenen, Verträge für dieſelben an ſich unverbindlich ſind? Dieſe Frage kam bei dem Oberappellationsgerichte beſonders in folgendem Falle zur Sprache. Der von dem Capitain Cochran geführte, mit einer reichen Ladung Stückgüter von Leith nach Hamburg beſtimmte engliſche Schaoner Eliza langte am 3ten Nov. 1824 nach einer ſchweren Reiſe am Eingange der Elbe an, erlitt hier aufs Neue die erheblichſten Havareien, ſo daß er ohne fremde Hülfe nicht einmal Curhaven zu erreichen vermochte,

---

[28]) So wurde J. C. Bade c. Berend Roofen eine vom Schiffer Meye r auf das Schiff Curhaven am Wohnorte der Rheder zu Hamburg gezeichnete Bodmereiſchuld als ſolche für unverbindlich erklärt; das Darlehen aber inſoweit als ein die Rheder verpflichtendes aufrecht erhalten, als es zur Berichtigung rechtsbeſtändiger Schiffsſchulden verwandt war.

Digitized by Google

sondern Nothsignale aufzustecken genöthigt wurde. Auf diese hin erhielt er denn auch Hülfe von 5 Männern, und das Schiff ward glücklich in den Hafen eingebracht. Der Schiffer nahm nun dort sogleich einen Correspondenten an, welcher noch an dem nämlichen Tage den Ladungsinteressenten in Hamburg den Unfall meldete, und ihnen vorschlug die Güter in Leichterschiffen nach Hamburg kommen zu lassen, ohne eines dabei obwaltenden Hindernisses zu erwähnen. Dieses Letztere geschah auch eben so wenig von dem Schiffer, welcher sich gleich darauf persönlich nach Hamburg begab. Die Ladungsinteressenten genehmigten jenen Vorschlag, und ertheilten dem Correspondenten des Schiffers in Cuxhaven den Auftrag, ihnen die Güter in Leichterschiffen zuzusenden. Als nun aber die ersten Leichterschiffe nach Hamburg abgehen sollten, erhuben die Berger für die dem Schiffe geleistete Hülfe eine Forderung von 20000 Mark Banco an Schiff und Ladung; und ohne daß dieserhalb mit den Ladungsinteressenten in Hamburg die mindeste Rücksprache genommen wäre, verglich sich der Schiffer bei seiner Rückkehr von Hamburg dieserhalb mit ihnen vor dem Protokolle des Amts auf die Summe von 13,000 Mark Courant. Die Ladungsinteressenten verweigerten aber die Bezahlung dieser Summe, weil der Schiffer nicht berechtigt gewesen sei, in dieser Angelegenheit, in welcher ohne allen Nachtheil für die Sache ihre Meinung habe eingeholt werden können, sie eigenmächtig zu verpflichten, und verlangten eine neue richterliche Entscheidung über die den Bergern für die geleistete Hülfe zuzuerkennende Belohnung; wogegen diese Letzteren dem Schiffer die bestrittene Befugniß vindicirten, weil er sich zu Cuxhaven im Nothhafen, und keinesweges am Wohnorte seiner

Digitized by Google

Rheder oder der Ladungsintereſſenten befunden habe [29]). So kam die Sache zum Prozeſſe.

§. 12.

Bei der Entſcheidung derſelben war nun davon auszugehen, daß zwar vermöge der allgemeinen Ermächtigung des Schiffers, die für den Zweck ſeiner Reiſe erforderlichen Diſpoſitionen über das Schiff und deſſen Ladung vorzunehmen, derſelbe wohl berechtigt ſei, im Falle drohender oder wirklich eingetretener Gefahr eines Schiffbruchs oder eines andern Seeunfalls ſich zeitig nach Hülfe umzuſehen und in Anſehung derſelben die erforderlichen Contracte abzuſchließen, durch welche alsdann zugleich das Schiff und die Ladung verpflichtet würden [30]), daß aber nach unſern neueren See-

[29]) Außerdem ſuchten die Berger es noch geltend zu machen, daß der Bergelohn von dem Amtmanne, welchem ſolches von den Geſetzen (Receß v. J. 1603. Art. 31; und Neue-Werks-Rolle v. J. 1719 Art. 1 u. 9.) übertragen worden, ſeine Beſtimmung erhalten habe; allein dieſes Argument konnte ſchon um deshalb nicht beachtet werden, weil die öffentliche Behörde hier gar keinen richterlichen Spruch gethan, ſondern lediglich den von den Parteien abgeſchloſſenen Vergleich zu Protokoll genommen hatte, welches Letzterem den Charakter eines gerichtlichen arbitrii zu ertheilen nicht vermochte.

[30]) Vgl. das engl. Statut 12. Anna II. c. 18. (bei Weskett Theorie d. Aſſecur. überſ. v. Engelbrecht s. v. Bergung nr. 2.). Schwed. Seer. Abth. 5. Kap. 3. Däniſche Verordn. v. 21ſten März 1705 (bei Jacobſen vom Berglohn S. 78). Strandordn. f. Schleswig und Holſtein v. 30ſten Dec. 1803. §. 37. (ebendaſ. S. 151 ff. u. bei Büſch Darſtell. d. Handl. B. 1. St. 811, 2. Ausg. 3.). Oldenburg. Strandordn. v. 25ſten Mai 1776. Art. 22. (Büſch a. a. O. B. 1. S. 768). S. auch die hamb. Geſ. in der vor. Note. — Das niederländ. Handelsgeſetzb. B. 2. Tit. 7. Art. 26. erklärt — wie das

rechten dem Schiffer die Macht zum Abschluß solcher wichtiger Verträge nur insofern zustehe, als er sich außerhalb Landes befinde. Dieses war nun im vorliegenden Falle rücksichtlich der in England befindlichen Rheder unbedenklich anzunehmen, mithin der Rechtsbestand des Vergleichs für die auf das Schiff fallende Rate nicht zu bezweifeln. Bedenklicher aber mußte die Sache wegen der im nahe gelegenen Hamburg wohnhaften Ladungsinteressenten angesehen werden. Für die Befugniß des Schiffers, auch diese durch jenen Vergleich zu verpflichten, schien es zu sprechen, daß derselbe sich zu Curhaven noch auf der Reise, und dort nicht in seinem Bestimmungs-, sondern nur in einem Nothhafen befand, und daß der fragliche Vergleich über eine Verbindlichkeit abgeschlossen wurde, welche der Schiffer, welcher in der Seenoth doch unmöglich erst bei den Ladungsinteressenten über die Annahme von Bergern anfragen konnte, gültiger Weise allein eingegangen hatte. Auf der andern Seite aber kam in Betracht, daß, da Curhaven zum Revier von Hamburg gehört, man doch von dem Schiffer in Beziehung auf die Ladungsinteressenten nicht sagen konnte, er habe sich noch außerhalb Landes befunden, daß er seiner Ladungsinteressenten mit leichter Mühe mächtig werden, und ihre Meinung einholen konnte, und daß durch den dadurch herbei geführten Aufenthalt kein Nachtheil für die Sache selbst zu besorgen war.

---

auch die mehrsten Strandordnungen vorschreiben — alle Verträge über Bergelohn während der Gefahr für nichtig; und außerdem die nach überstandener Gefahr für die Eigner, Landungsempfänger und Versicherer nur dann verbindlich, wenn sie ihre Zustimmung dazu ertheilt haben.

Digitized by Google

§. 13.

Die Meinung der Geſetze, welche dem Schiffer erhebliche Diſpoſitionen über Schiff und Ladung ohne Zuziehung der Intereſſenten nur an deren Wohnorte unterſagen, kann aber nicht dahin verſtanden werden, daß ihm dieſe Gewalt nur dann entzogen ſein ſoll, wenn er ſich ganz präciſe mit ihnen an demſelben Orte befindet; denn die geſetzliche Vorſchrift beruhet offenbar darauf, daß der Schiffer in ſolchen Dingen nur inſoweit zur Vertretung ſeiner Committenten befugt ſein ſoll, als die Noth dieſes erfordert, und jene ohne Nachtheil für die Sache nicht ſelbſt handeln können. Man würde z. B. eine Bodmerei ſicher nicht für rechtsbeſtändig achten, welche ein hamburgiſcher Schiffer eine Viertelſtunde unterhalb Hamburg in Altona zeichnete, obwohl er ſich dort nicht präciſe mehr am Wohnorte ſeiner Rheder und Befrachter, ſondern ſogar in einem fremden Gebiete befände. Das Prinzip muß demnach dahin angegeben werden, daß der Schiffer nicht einſeitig handeln dürfe, wenn er ſich entweder im Domicil ſeiner Rheder oder der Ladungsintereſſenten, oder doch in einer ſolchen Nähe derſelben befindet, daß er ihren Willen mit leichter Mühe bald und ohne erheblichen Nachtheil für das zu vollziehende Geſchäft einholen kann[31]). Was hiebei unter „leicht und bald" zu verſtehen ſei, darüber laſſen ſich freilich keine abſtracte

---

[31]) In England wird, beſonders vor dem Anfang der Reiſe, in dieſer Hinſicht ganz England für den Wohnort der Rheder geachtet. Abbott. l. c. P. 2. ch. 3. §. 22. Benecke Syſtem d. Aſſecuranzen B. 4. S. 431. Wie man in Frankreich die Sache anſieht, darüber vgl. Emerigon des contrats à la grosse ch. 4. sect. 6. pag. 436, 7. Locre l. c. Tom. 3. pag. 112. Vincens l. c. Tom. 3. pag. 135. not. 1.

Digitized by Google

Regeln geben, sondern es müssen dabei die näheren Umstände des concreten Falles in Erwägung gezogen werden; so daß unter gewissen Umständen, z. B. wenn die Communication mit dem auch ganz nahen Wohnorte der Rheder durch Natur- oder Kriegs-Begebenheiten unterbrochen sein sollte, der Schiffer zu Rechtsgeschäften befugt geachtet werden müßte, die er unter andern Umständen durchaus nicht einseitig eingehen dürfte. Allein dieses Arbiträre, welches fast überall da eintritt, wo factische Gegensätze, für die es in der Wirklichkeit keine scharfe Gränzlinie giebt, gemacht werden, kann dem Prinzipe selbst keinen Eintrag thun. In dem erwähnten Falle litt nun freilich die Annahme der von den Bergern angebotenen Hülfe keinen Aufschub, und verpflichtete mithin durch solche Annahme der Schiffer ohne Zweifel die Ladungsinteressenten sowohl als die Rheder zur Bezahlung einer angemessenen Belohnung; aber mit der vergleichsweisen Bestimmung der Summe dieser Belohnung eilte es keineswegs so sehr, daß nicht deshalb erst ganz füglich bei den Ladungsinteressenten in Hamburg angefragt werden konnte. Es war demnach, da das Geforderte keineswegs ein bloßer, gewöhnlicher Arbeitslohn, sondern ein sehr bedeutender Bergelohn war, solche Anfrage nothwendig, damit der Vergleich für die Ladungsinteressenten verbindlich werde; und da nun gleichwohl der Schiffer denselben eigenmächtig abgeschlossen, und die Berger, obwohl ihnen das Dasein von Ladungsinteressenten in Hamburg nicht unbekannt war, allein mit dem Schiffer ohne besondere Vollmacht von den Letzteren sich eingelassen hatten, so erklärte das Oberappellationsgericht am 8ten Julius 1826, indem es das Erkenntniß des hamburgischen Obergerichts vom 17ten October 1825 bestätigte, den mehrgedachten Vergleich

Digitized by Google

hinſichtlich der Ladungsintereſſenten für unverbindlich, behielt aber den Bergern ihre Anſprüche aus demſelben an den Schiffer und das Schiff, ſo wie ihre anderweiten rechtmäßigen Forderungen an die Ladungsintereſſenten vor.

§. 14.

Befindet ſich nun aber der Schiffer wirklich auf der Reiſe und außerhalb Landes, dergeſtalt, daß er ſeiner Rheder nicht mächtig iſt, ſo erkennen ihn auch die neueren Seerechte einſtimmig als den rechtmäßigen Stellvertreter der Rheder an, und räumen ihm die Befugniß zu allem demjenigen ein, was für das Schiff und für den Zweck des Unternehmens angemeſſen erſcheint[32]). Er darf mithin zwar nicht das Schiff ohne beſonderen Auftrag der Rheder verkaufen, ausgenommen etwa in dem Falle, wenn es ein irreparables Wrack geworden iſt, weil ein Verkauf des Schiffes dem Zwecke des Rhedereigewerbes ganz zuwider laufen würde[33]); im Uebrigen aber darf er auf eine ſeine Rheder

[32]) Gouidon de la mer ch. 18. art. 4. Preuß. Landr. II, 8. §. 1445. Ruſſiſch. Seer. II, Art. 17. coll. VII, Art. 127. Delvincourt l. c. Tom. 1. pag. 135, 6; 138. Vincens l. c. Tom. 3. pag. 134, 5. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 53, 54. En effet — ſagt Emerigon des contrats à la grosse ch. 4. sect. 3. pag. 424 — le Capitaine n'est veritablement Maître, qu'après avoir mis à la voile.

[33]) Oleron. Seer. Art. 1. Engelbrecht Corp. iur. nautici pag. 39. Ordonn. de la marine II, 1. Art. 19. in fin. Code de Com. art. 237. coll. 390, 1. Niederl. Handelsg. Buch II, 3. Art. 36. coll. Placcaet van Koning Filips over de Seerechten. Tit. van de Schippers art. 12. (bei Verwer Nederlants See-rechten pag. 76, 77. ed. a. 1730). Hamburg. Statut. v. J. 1497. P. 11; v. J. 1603 II, 14. Art. 8. Hanſeat. Seer. v. J. 1614. Tit. 3. Art. 16. Dän. Geſetzb.

Digitized by Google

verpflichtende Weise, Ausbesserungen desselben vornehmen, Victualien und andere Schiffsbedürfnisse ankaufen, und Frachtcontracte selbst über das ganze Schiff abschließen, ohne daß es hiezu einer besonderen Autorisation von Seiten der Rheder bedarf, und ohne daß sie aus solchergestalt eingegangenen Verpflichtungen gegen den Dritten einen Einwand daraus hernehmen können, wenn sie etwa die Eine oder die Andere dieser Verfügungen ihrem Schiffer speciell untersagt haben sollten, dieses Verbot aber dem Dritten nicht bekannt war[54]). Denn in der Anstellung eines Schiffers liegt an sich die allgemeine Befähigung zu allen diesen Dingen, und hienach dürfen sich bei solchen generellen Uebertragungen eines ganzen Geschäftskreises die Dritten, welche mit dem Bevollmächtigten contrahiren, so lange richten, als bis entweder öffentlich, wozu hier nur eine in das fremde Land sich erstreckende Publicität genügen könnte, oder ihnen insbesondere eine Beschränkung jenes Auftrages bekannt gemacht ist[55]). Nach diesem Grundsatze kann es denn auch dem Dritten, welcher mit dem im Auslande sich befindenden Schiffer contrahirt, bei seinen Ansprüchen an die Rheder keinen Eintrag thun, wenn sich etwa an dem Orte ein Bevollmächtigter der Letzteren befinden, und der Schiffer angewiesen sein sollte, sich in den Angelegenheiten des Schiffes an diesen zu wenden, und

IV, 2. Art. 12. Schwed. Seer. Abth. 4. Kap. 8. Preuß. Seer. v. J. 1727. III, Art. 33. Preuß. Landr. II, 8. §. 1522 — 4.

[54]) arg. l. 1. §. 5. D. de exercit. act. (14, 1). Preuß. Seer. v. J. 1727. III, Art. 26. Preuß. Landr. II, 8. §. 1526. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 102. Vgl. Not. 16.

[55]) l. 11. §. 2 — 4. D. de institoria act. (14, 3.).

Digitized by Google

nach deſſen Rathe oder deſſen Anweiſung zu handeln, ſolches aber dem Dritten unbekannt wäre [36]). Inſoweit ſtimmen daher die neueren Seerechte noch ganz mit den Grundſätzen des römiſchen Rechtes überein; eigenthümlich aber ſind ihre Beſtimmungen über die Art und Weiſe, wie der Schiffer ſich im Auslande die für die Bedürfniſſe des Schiffes und der Reiſe erforderlichen Mittel zu verſchaffen hat. Dieſe Vorſchriften hängen aber weſentlich mit den Beſchränkungen zuſammen, welche ſich im heutigen Seerechte bei der Verpflichtung der Rheder aus den Verträgen des Schiffers angeordnet finden, und können daher erſt mit dieſen erörtert werden.

§. 15.

Auch ſtellen die neueren Seegeſetze, gleich dem römiſchen Rechte, den Grundſatz auf, daß die Rheder für den Schaden aufkommen müſſen, welchen der Schiffer in dieſer ſeiner Eigenſchaft den Befrachtern oder Dritten, und zwar dieſes ohne Unterſchied, ob er ſich zu Hauſe oder auf der Reiſe befindet, zufügen möchte. Nur darin findet ſich zwiſchen ihnen eine Verſchiedenheit, daß einige, und das gilt namentlich vom hanſeatiſchen Seerechte, es zunächſt nur geſtatten, den Schiffer auf Schadenserſatz in Anſpruch zu nehmen, und erſt bei deſſen Unvermögen erlauben, ſich an die Rheder zu halten [37]); während andere die Letzteren ſchlecht-

[36]) Emerigon des contrats à la grosse ch. 4. sect. 6. in fin, pag. 438, 9. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 59; 102, 3. Abbott. l. c. pag. 126, 7.

[37]) Consolato del mare cap. 61, 183 pr., 224. Hanſeat. Seer. v. J. 1614. X, Art. 2. Dän. Geſetzb. IV, 3. Art. 4. Schwed. Seer. II, Kap. 15. Preuß. Seer. v. J. 1727. III, Art. 53. Preuß. Aſſec. Ord. v. J. 1766. VIII. §. 114. Preuß. Landr.

Digitized by Google

hin, und nicht bloß in subsidium für die Handlungen des Schiffers verhaftet erklären[58]), so daß es für statthaft geachtet werden muß, sie deshalb sofort in Anspruch zu nehmen, und es ihnen zu überlassen, demnächst ihren Regreß an den schuldigen Schiffer zu suchen. Eigenthümlich ist es aber auch in diesem Stücke den neueren Seerechten, daß sie nur eine beschränkte Verpflichtung der Rheder aus den pflichtwidrigen und unerlaubten Handlungen des Schiffers eintreten lassen; und diese Beschränkungen, welche zu Gunsten der Rheder sowohl bei den vom Schiffer contrahirten Vertrags- als auch bei seinen Delicts-Schulden angeordnet sind, bilden die dritte characteristische Abweichung der heutigen Seegesetze von den römischen. Es wird der Mühe verlohnen, in dieser Beziehung zuvörderst eine Reihe der wichtigern Seerechte durchzugehen, und sodann daraus einige allgemeine Resultate zu ziehen.

§. 16.

Das Consolato del mare verordnet für den Fall, daß der Schiffer, wenn er durch schlechte Stauung oder Garnirung, Verladung auf dem Verdecke, mangelhafte Befestigung des Schiffes oder sonst auf irgend eine Weise den Kaufleuten, welche ihre Waaren im Schiffe verladen haben, einen Schaden zufügen sollte, solchen, wenn er das Vermögen dazu besitzt, selbst vergüten; wenn dieses aber nicht der Fall ist, daß alsdann das Schiff zu ihrer Befriedigung ver-

II. 8. §. 1528. Ruß. Seer. VIII. Art. 165; XII. Art. 262, 263, 268, 272.

58) Ordonn. de la marine II, 8. art. 2; III. 7. art. 4. Code de Com. art. 216, 405. Locré l. c. Tom. 4. pag. 346, 7. Niederl. Handelsgesetzb. II, 2. Art. 4; 3. Art. 26; 4. Art. 59; 10. Art. 12 u. 35.

Digitized by Google

kauft, und den Rhedern nicht das Recht zustehen soll, etwas davon zu nehmen; daß aber diese Letzteren für nichts weiter, als für ihren Antheil im Schiffe gehalten sein sollen [39]). Nach demselben Seerechte geht ferner die Forderung der Schiffsleute an Heuer allen anderen Schiffsschulden vor, denn ein Matrose müsse seine Bezahlung haben, und wenn auch nur ein Nagel des Schiffes übrig wäre, aus dem er bezahlt werden könne [40]). Gleichwohl soll er solchen Anspruch überall nicht weiter geltend machen können, wenn das Schiff auf der Reise geblieben, und auch die Fracht noch nicht erhoben oder verdient ist, weil in einem solchen Falle der Schiffer Alles, was er besitzt, und vielleicht noch mehr als er besitzt, eingebüßt habe [41]). Wenn endlich der Schiffer im Auslande, wo keiner seiner Rheder anwesend ist, das Schiff repariren lassen, oder einige Bedürfnisse für dasselbe ankaufen muß, so kann er in Ermangelung von Geld hiezu ein Darlehn aufnehmen, welches die Rheder zurück zu bezahlen schuldig sind. „Wenn aber das Schiff verunglückt, ehe die Schuld bezahlt ist, so ist keiner von den Rhedern verbunden, das Geld dem, der es geliehen, zu erstatten, weil das Schiff verunglückt und verloren ist. Daher muß ein solcher wohl zusehen, wie er leihet; denn der Rheder verliert genug; und aus dem Grunde kann der Leihende von den Rhedern des Schiffes nichts fordern, und mag er sich daher wohl vorsehen, auf welche Art er sein Geld ausleihet; denn wenn das Schiff verunglückt, so sind die Rheder ihm zu nichts gehalten [42])." Desgleichen,

[39]) Consolato del mare cap 61, 183 pr., 224.

[40]) ibid. cap. 34, 61 in fin., 105, 135, 136, 183, 224.

[41]) ibid. cap. 135, 225.

[42]) ibid. cap. 236. §. 1, 2.

Digitized by Google

wenn die auf dem Schiffe befindlichen Kaufleute, wozu sie im äußersten Nothfalle verpflichtet sind, dem Schiffer mit Geld oder mit zu verkaufenden Waaren ausgeholfen haben, so sollen zwar sämtliche Rheder von Schiff und Fracht nicht eher etwas fordern können, als bis Jene für ihr Darlehen befriedigt sind[43]; allein es ist nicht gesagt, daß sie dafür auch noch mit ihren übrigen Gütern (bens de casa) verpflichtet sind. Nur dann ist dieses Letztere der Fall, wenn der Schiffer eine besondere Procura oder eine andere schriftliche Vollmacht gehabt hat, sie persönlich verbindlich zu machen[44], und steht daher nach diesem Seerechte die Regel fest, daß die Rheder durch die Delicte des Schiffers und durch dessen Verträge im Auslande an sich nur bis zum Werthe des Schiffes und der Fracht verpflichtet, durch deren Verlust oder Abtretung aber von jeder weiteren Verbindlichkeit befreiet werden[45].

---

[43]) ibid. cap. 104, 105.

[44]) ibid. cap. 34. In der Ausg. von Capmany Tom. 1. pag. 338, in fin., 339 heißt es hier nämlich nach dem Satze, daß die Parte der Rheder für die vom Schiffer contrahirten Schulden haften: „en altra manera los dits personers non' son tenguts, com lo dit patró non haia poder de obligar los bens de casa dels dits personers, si donchs d'aquells procuració ó altre plen poder ab carta no havia" —; in der italienischen Ausgabe, nach welcher Westerveen und Engelbrecht übersetzt haben, heißen die Schlußworte ungenau bloß: „se il detto patrone non harà havuto procura, ò altro poder sufficienta de obligar li," wobei die nach dem Obigen unrichtige Idee entstehen könnte, als ob das bloße Vorhandensein eines Bedürfnisses für das Schiff im Auslande eine solche Autorisation enthalte.

[45]) Auf das Gleiche scheint eine Verordn. des Raths von Barcelona

Digitized by Google

§. 17.

Die Seerechte von Oleron enthalten nichts, woraus ſich mit völliger Sicherheit eine Entſcheidung unſerer Frage entnehmen ließe, obwohl aus einigen Beſtimmungen hervor zu gehen ſcheint, daß der Schiffer nur das Schiff, aber den Rheder nicht perſönlich verpflichten kann[46]). Allein die Ordonnanz Ludwig des vierzehnten über das Seeweſen v. J. 1681 enthält die beſtimmte Vorſchrift:

> Les proprietaires de navires seront responsables des faits du maitre: mais ils en demeureront déchargez en abandonnant leur batiment et le fret[47]);

und der Code de Commerce art. 216. wiederholt dieſe Beſtimmung nur in einer etwas genaueren Faſſung, indem er verordnet:

> Tout proprietaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine, pour ce qui est relatif au navire et à l'expedition. — La

---

v. 20ſten Nov. 1435 hinaus zu gehen, indem dieſe es als etwas Beſonderes hervorhebt, daß für Wechſel und Anleihen zum Beſten des Schiffes die Schiffer nach deſſen Untergange noch mit ihren Gütern und ihrer Perſon verhaftet bleiben, wenn dieſe Anleihen nicht ganz zum Beſten des Schiffes gemacht und verwendet ſind. S. Engelbrecht Corpus iuris nautici pag. 155, 6.

[46]) Oleron. Seer. Art. 1, 3, 6, 22. Sie geſtatten dem Schiffer im Nothfalle einen Theil vom Zubehör des Schiffes zu verpfänden; verpflichten ihn zur Heilung im Dienſt beſchädigter Matroſen auf Koſten des Schiffes, und billigen den Matroſen Vergelohn und Heuer aus dem Geborgenen zu.

[47]) Ordonn. de la marine liv. 2. tit. 8. art. 2. Cf. Code civil. art. 1384.

Digitized by Google

responsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret.

Hienach war und ist in Frankreich so viel unbestritten, daß durch Delicte und Versehen des Schiffers, und durch solche Contracte, wobei ihn ein Vorwurf trifft, und wofür mithin er persönlich keinen Regreß an seine Rheder haben würde, das übrige Vermögen der Letzteren an sich nicht afficirt, und sie von aller weiteren Verpflichtung dafür aufzukommen befreiet werden, wenn das Schiff gänzlich verunglückt und auch keine Fracht verdient ist, oder wenn sie beides den Schiffsgläubigern überlassen. Denn es sei zu hart, wenn der Rheder, welcher über den entfernten Schiffer keine gehörige Aufsicht führen könne, durch dessen Unverstand und Unredlichkeit ohne alle Einschränkung um das Seinige sollte gebracht werden können [48]). In Gemäßheit dieses Grundsatzes kann der Befrachter wegen einer durch die Schuld des Schiffers an den verladenen Gütern erlittenen Schadens seinen Regreß nur an den Schiffer selbst, das Schiff und die Fracht, keinesweges aber auch an das übrige Vermögen der Rheder nehmen [49]).

§. 18.

Was sodann erlaubte, zum Besten des Schiffes abgeschlossene Verträge des Schiffers anbetrifft, so unterliegt es ebenfalls keinem Zweifel, daß die Forderungen der Schiffs-

[48]) Notes sur l'Ordonnance l. c. pag. 163, 4. Boucher l. c. ch. 5. §. 154. pag. 53. Locré l. c. Tom. 3. pag. 70; Tom. 4. pag. 346. Delvincourt l. c. Tom. 1. pag. 150; Tom. 2. pag. 233. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 103—6. Vincens l. c. Tom 3. pag. 132.

[49]) Ordonn. de la mar. III, 7. art. 4. Code de Com. art. 405. coll. art. 191. nr. 11, 192. nr. 9.

Digitized by Google

mannſchaft ſich nicht über das Schiff und die Fracht der Reiſe hinaus erſtrecken. Geht nämlich das Schiff mit der Ladung auf irgend eine Weiſe gänzlich verloren, ſo bekommen die Matroſen gar keine weitere Heuer, als die ihnen bereits vorſchußweiſe entrichtet war[50]); wird etwas gerettet, ſo erhalten ſie nach Abzug des vor allem Andern zu entrichtenden Bergelohns, aus den geborgenen Ueberbleibſeln des Schiffes und aus der Fracht der geretteten Güter ihre vorzügliche Befriedigung, aber nur ſoweit dieſes reicht[51]). Auf gleiche Weiſe wird der im Dienſte des Schiffes verwundete Seemann nur auf Koſten des Schiffes, alſo nicht aus dem übrigen Vermögen der Rheder geheilt, und zur Loskaufung des Matroſen, der im Dienſte des Schiffes in die Sclaverei gerathen iſt, nur dann von den Rhedern ein Beitrag geleiſtet, wenn das Schiff glücklich heimkehrt[52]).

[50]) Ordonn. de la mar. III, 4. art. 8. Code de Com. art. 258. Als Grund dieſer Vorſchrift geben die Anmerk. z. Ordonn. pag. 208, 9, denſelben, wie im Consol. del mare, an, nämlich hier verlören Alle Alles, Rheder, Befrachter, Schiffer. Die Neueren hingegen, Locré l. c. Tom. 3. pag. 166 — 8; Delvincourt l. c. Tom. 1. pag. 156, 7; Tom. 2. pag. 242 — 4; Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 123, 125 — 8; und Vincens l. c. Tom. 3. pag. 138, 9; ſehen dieſes mehr als eine politiſche Vorſchrift, um das Schiffsvolk für die Erhaltung des Schiffes zu intereſſiren, an.

[51]) Ordonn. de la mar. III, 4. art. 9, 19. Code de Com. art. 259, 261, 271, 386. coll. 191. nr. 6. Code civil. art. 2102. nr. 3. Cf. Locré l. c. Tom. 3. pag. 168, 9; 171, 2; 190, 1. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 124, 5; 562, 3. coll. 76. in fin., 77, 124. Vincens l. c. Tom. 3. pag. 136, 140.

[52]) Ordonn. de la mar. III, 4. art. 11. coll. 17. Code de Com

Digitized by Google

Wenn hingegen die Ausbesserung des Schiffes auf der Reise, die Anschaffung von Schiffsbedürfnissen und Victualien, und das Anleihen von Geld hiezu von Seiten des Schiffers in Frage steht, so befinden wir uns im Gebiete der Controversen. Die Ordonnanz gestattete nämlich in einem solchen Falle dem Schiffer unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten einen dreifachen Weg um sich Geld zu verschaffen, entweder das Schiff für das Anleihen zu verbodmen, oder von dessen Geräthen dafür zu verpfänden, oder endlich von der Ladung zu verkaufen, unter der Verpflichtung, das Verkaufte nach dem Fuße zu bezahlen, wie die übrigen Güter bei ihrer Ankunft verkauft würden [53]).

§. 19.

Zweierlei war aber hiebei nicht bestimmt entschieden, einmal nicht, ob es dem Schiffer auch erlaubt sein solle, das Anleihen auf den persönlichen Credit seiner Rheder aufzunehmen, und namentlich auf dieselben Wechsel zu ziehen, und zweitens nicht, ob der verkaufte Theil der Ladung dem Eigenthümer auch dann von den Rhedern bezahlt werden müsse, wenn das Schiff im Verfolg der Reise verunglücken oder genommen werden sollte. Ueber diese beiden Punkte bildeten sich daher auch verschiedene Ansichten unter den französischen Juristen. Pothier und Valin gingen davon aus, indem es dem Schiffer erlaubt worden sei, Anleihen auf das Schiff zu machen, oder von dessen Ladung zu verkaufen, sei es ihm keineswegs untersagt, sich im Nothfalle,

art. 262, 3; 267—9. Locré l. c. Tom. 3. pag. 172, 3. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 132, 3; 210—3. Vincens l. c. Tom. 3. pag. 139.

[53]) Ordon. de la mar. II, 1. art. 19. coll. 20, 29; III, 3. art. 14; und 5. art. 7. Pothier contrats maritimes nr. 34, 72.

Digitized by Google

wenn er auf ſolche Weiſe kein Geld angeliehen erhalten könne, oder wenn ſich ein anderer vortheilhafterer Weg, das Benöthigte zu erhalten, darbiete, auch auf dieſem Letzteren das Anleihen aufzunehmen, oder eine Schuld zu contrahiren. Namentlich geſtatteten ſie ihm in Nothhafen wegen der Bedürfniſſe des Schiffes einen Wechſel auf ſeine Rheder zu ziehen, und achteten, wenn anders das Geld zum wirklichen Beſten des Schiffes oder der Reiſe aufgenommen und verwendet war, die Rheder zur Acceptation und Bezahlung jenes Wechſels ſelbſt dann noch für verpflichtet, wenn das Schiff verunglückt oder vom Feinde genommen war; indem ſie den den Rhedern in der Ordonnanz geſtatteten Abandon von Schiff und Fracht auf den Fall unerlaubter vom Schiffer contrahirter Verbindlichkeiten beſchränkten, weshalb ſie denn auch die Rheder zum Erſatze des vom Schiffer für die Bedürfniſſe des Schiffes verkauften Theils der Ladung unbedingt für verpflichtet achteten[54]). Emerigon dagegen hielt dafür, daß die Vorſchrift der Ordonnanz, die Verantwortlichkeit der Rheder für die Handlungen des Schiffers höre mit dem Abandon des Schiffes auf, auch in dieſen Fällen Anwendung finde. Er ſah daher den Verkauf eines Theils der Ladung für ein gezwungenes Anleihen auf den Boden des Schiffes an; und geſtattete dem Schiffer im Auslande ohne Special-Vollmacht nur die Aufnahme von Geld in den ausdrücklich in dem Geſetze vorgeſchriebenen Formen, aber namentlich nicht das Traſſiren von Wechſeln auf die Rheder, welche ſie unbedingt anzunehmen und auch

[54]) Valin sur l'art. 2. liv. 2. tit. 8; sur l'art. 19. liv. 2. tit. 1, et sur l'art. 14. liv. 3. tit. 3 de l'Ordonnance. Boucher l. c. ch. 5. §. 155. pag. 53. in fin., 54. Jacobſen Seerecht d. Friedens u. d. Krieges S. 66.

Digitized by Google

nach dem Verluſte des Schiffes zu bezahlen verpflichtet wären. Dieſe Meinung hat durch eine Reihe von Entſcheidungen, welche das Parlament von Aix in den Jahren 1760 — 1780 erlaſſen hat, namentlich in Marſeille, wo man früher der Theorie von Valin folgte, die Oberhand gewonnen [55]); während, wie es ſcheint in anderen franzöſiſchen Seehäfen, die Lehre dieſes Letzteren die herrſchende geblieben iſt.

§. 20.

Man hätte nun bei der Abfaſſung des neuen franzöſiſchen Handelsgeſetzbuches billig erwarten ſollen, daß dieſe Streitfragen, wie das ja ſo leicht und einfach geſchehen konnte, eine klare und beſtimmte Entſcheidung erhalten würden. Allein, ſo wie überhaupt der Handelscoder mit noch größerer Flüchtigkeit und Mangel an Ueberſicht und Conſequenz, als die übrigen franzöſiſchen Geſetzbücher gearbeitet iſt, ſo zeigt ſich gerade in dieſem Stücke die auffallendſte Gedankenloſigkeit. Zwar iſt über die vom Schiffer für die Bedürfniſſe der Reiſe den Paſſagieren abgenommenen Lebensmittel oder von der Ladung verkauften Gegenſtände die Beſtimmung getroffen, daß ſie bei glücklicher Ankunft des Schiffers den Eigenthümern zum Preiſe im Ankunftshafen, bei'm Untergange des Schiffes aber nach dem wirklich dafür erlösten Betrage vergütet werden ſollen [56]); woraus, wie dieſes auch nach den Discuſſionen die Meinung der Geſetzgebung war [57]), deutlich hervorgeht, daß

---

[55]) Emerigon des contrats à la grosse ch. 4. sect. 9. 11. pag. 445 — 8, coll. 570, 1; pag. 453 — 465.

[56]) Code de Comm. art. 298. coll. art. 234, 249.

[57]) Locré l. c. Tom. 3. pag. 288 — 291.

Digitized by Google

dieſe Gegenſtände jedenfalls von den Rhedern bezahlt werden ſollen [58]). Allein die Motive für dieſe Beſtimmung, daß es von Seiten der Eigenthümer ein gezwungenes Darlehen ſei, daß die Rheder perſönlich verpflichtet geweſen wären, das Schiff vor der Abreiſe gehörig auszurüſten und zu verproviantiren, und daß der Eigenthümer ſonſt ſchlimmer als die übrigen Befrachter daran ſein würde, weil er keine Forderung an den Verſicherer machen könne [59]), ſind, ſoweit ſie überhaupt zutreffend erſcheinen, von der Art, daß ſie über die Verpflichtungen der Rheder aus ſolchen Verträgen, welche der Schiffer mit Dritten im Auslande abgeſchloſſen hat, durchaus nichts entſcheiden.

§. 21.

Was nun aber dieſe anderweitigen Anleihen für die Bedürfniſſe des Schiffes anbetrifft, ſo iſt in der Hinſicht nichts weiter geſchehen, als daß man dem Schiffer geſtattet hat, unter gewiſſen Förmlichkeiten Geld auf Bodmerei zu nehmen, wogegen die Beſtimmung der Ordonnanz, daß er dafür von den Schiffsgeräthen verſetzen dürfe, wegen des davon zu beſorgenden Misbrauches weggelaſſen iſt [60]). Eine nähere Vorſchrift darüber, welche Facta des Schiffers in der Vorſchrift des Art. 216 gemeint ſind, wenn dort den Rhedern die Befugniß ertheilt iſt, ſich dieſerwegen durch den Abandon des Schiffes von aller weiteren Verantwortlichkeit

---

[58]) Delvincourt l. c. Tom. 1. pag. 141, 2; Tom. 2. pag. 213—5; 232, 3. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 104, 5; coll. 77. 78.

[59]) S. Note 57.

[60]) Code de Com. art. 234—6. Cf. Locré l. c. Tom. 3. pag. 115.

Digitized by Google

zu befreien, ist aber eben so wenig erfolgt, als eine ausdrückliche Erklärung darüber, ob der Schiffer das benöthigte Geld auf den persönlichen Credit seiner Rheder aufnehmen, und namentlich, ob er auf sie dieserhalb einen Wechsel trassiren dürfe. Gleichwohl lag eine dringende Veranlassung zur Entscheidung dieser Fragen nicht nur in den früher darüber geführten Controversen, sondern auch in den ganz verschiedenartigen dieserhalb bei der neuen Gesetzgebung geäußerten Wünschen. Während nämlich auf der einen Seite das Handelsgericht und die Handelskammer zu Nantes eine Entscheidung über die oft und vielfach angeregte Frage begehrten, ob der Schiffer vermittelst Tratten auf seine Rheder anleihen könne, und dieses so bestimmt zu sehen wünschten, weil häufig im Auslande gar kein Geld auf Bodmerei aber doch nur zu sehr lästigen Bedingungen zu haben sei; so protestirten auf der andern Seite das Handelsgericht und die Handelskammer von Marseille gegen den von der Commission vorgeschlagenen Zusatz: „Les proprietaires sont débiteurs des sommes empruntées," weil die vom Schiffer auf der Reise contrahirten Anleihen ihre Garantie lediglich in dem Werthe des Schiffes und der Fracht, aber nicht in dem übrigen Vermögen der Rheder finden müßten. Die Commission unterdrückte demnächst freiwillig den von ihr projectirten Zusatz, entschied sich aber weder für noch wider das von Nantes aus geäußerte Verlangen [61]). Dadurch ist nun aber in der That den alten Streitfragen aufs Neue die Thüre geöffnet. So nehmen denn auch die mehrsten neueren französischen Schriftsteller an, daß, weil der Artikel es dem Schiffer nicht untersage, und das die weni-

[61]) Locré l. c. Tom. 3. pag. 113, 4; coll. 115, 6.

Digitized by Google

ger koſtſpielige Art ſich Geld zu verſchaffen ſei, derſelbe ſimple Anleihen auf den perſönlichen Credit ſeiner Rheder machen, oder das benöthigte Geld vermittelſt Wechſel auf ſie entnehmen dürfe, und, — was davon unzertrennlich iſt, — daß dieſelben ſolche Anleihen und Wechſel, wenn nur ein wirkliches Bedürfniß und ein vernünftiger Zweck dafür vorhanden war, ſelbſt nach dem Untergange des Schiffes noch bezahlen müſſen; gleich wie die verbrauchten Lebensmittel der Reiſenden und die verkauften Waaren der Befrachter [62]). Vincens dagegen ſcheint ſich zu der Anſicht von Emerigon zu neigen [63]); und dürfte dieſe letztere Meinung den Vorzug verdienen, weil man den das Gegentheil ſanctionirenden Zuſatz der Commiſſion wieder aufgab, weil man auf das Begehren der Handelskammer und des Handelsgerichts von Nantes nicht einging, und weil ſich aus der Autoriſation zur Contrahirung von Bodmereiſchulden, die ja nie die fortune de terre der Rheder treffen, nicht ſchließen kann, daß es nun auch dem Schiffer geſtattet ſeyn müſſe, das Geld auf andere zwar zunächſt wohlfeilere, aber doch im Fall des Unterganges des Schiffes das übrige Vermögen der Rheder gefährdende Weiſe anzuleihen. Ob die franzöſiſche Praxis bereits zu feſten Reſultaten über den Punkt gekommen iſt, läßt ſich ſelbſt aus den Werken ihrer neueſten Schriftſteller nicht entnehmen.

§. 22.

Wenden wir uns hienächſt zum Rechte der Niederlande,

---

[62]) Delvincourt l. c. Tom. 2. pag. 211—3; 232, 3; coll. Tom. 1. pag. 150. Locré l. c. Tom. 3. pag. 113, 4. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 104, 5; coll. 100, 1.

[63]) Vincens l. c. Tom. 3. pag. 168—170.

Digitized by Google

welches in seiner neuesten Gestalt mit dem französischen auf das innigste verwandt, und im Wesentlichen auf dasselbe gebauet ist; so findet sich in der Verordnung König Philipp 2. vom Jahre 1563 [64]) nur die Vorschrift, wenn der Schiffer im Auslande Geldes benöthigt sei, so solle er zunächst suchen es auf Bodmerei oder einen Seewechsel zu erhalten, im Entstehungsfall von der Ladung verkaufen, und das Verkaufte nach den Preisen, wie das Uebrige am Bestimmungsorte veräußert würde, ersetzen, und im äußersten Falle endlich von dem Tauwerk versetzen oder verkaufen. Die Befugniß der Rheder für ihre Person zu verpflichten, ist ihm mithin nicht ertheilt, und selbst bei dem Ersatz der veräußerten Kaufmannsgüter scheint die glückliche Ankunft des Schiffes im Bestimmungshafen vorausgesetzt. Jedenfalls aber wurde in der niederländischen Praxis schon frühe der Grundsatz befolgt, daß durch den Schiffer jeder Rheder nur nach Maaßgabe seines Schiffsparts, und alle Rheder zusammen nur bis zum Werthe des Schiffes, und dessen, was darin befindlich sei, verpflichtet würden [65]). Dieselbe Ansicht ist denn auch in späteren holländ-

---

[64]) Tit. van Schipper Art. 12; Tit. van Asseurantien Art. 19. (bei Verwer pag. 76. 77; 139 — 145.).

[65]) Hugo Grotius de iure belli et pacis lib. 2. cap. 11. §. 13. in fin.; und introductio ad iurisprudentiam Batavam lib. 3. cap. 20. §. 40. Vinnius ad Peckium de re nautica pag. 155. not. a. Diese Stellen, welche Emerigon (des contrats à la grosse ch. 4. sect. 11. pag. 464); mit französischer Leichtigkeit im Generalisiren als Beleg für die „Jurisprudence qu'on suit dans le Nord" angeführt, werden von allen späteren Schriftstellern über das Seerecht, Stypmann, Kuricke, Loccenius, Langenbeck und Webberkop ange-

Digitized by Google

diſchen Geſetzen beſtimmt ausgeſprochen, beſonders in der Aſſecuranz- und Havarei-Ordnung von Rotterdam. Hier findet ſich einentheils vorgeſchrieben, daß Verſehen des Schiffers die Rheder verpflichten ſollen „voor zoo veel yder Reeders Scheeps-portie waarding is, ende niet verder," und anderntheils hinſichtlich der Verträge deſſelben: „De Reeders zullen door geene daad van de Schipper, buyten haar ordre geschied, verder konnen werden verbonden als tot haar aanpart Scheeps"[66]). Zufolge dieſes Geſetzes werden alſo die Rheder durch den Schiffer, wenn ſie demſelben keine beſondere Vollmacht ertheilt hatten, nie über den Werth des Schiffes verpflichtet, ohne Unterſchied wie derſelbe contrahirte.

§. 23.

Das neue, im Jahre 1826 publicirte, niederländiſche Handelsgeſetzbuch, dem, wie bemerkt, der franzöſiſche Handelscoder zum Grunde liegt, ſtellt gleich dieſem das Prinzip an die Spitze, daß die Eigner in Allem, was auf das Schiff und deſſen Ausrüſtung Bezug hat, für die Thaten und Handlungen des Schiffers verantwortlich ſind; daß aber ſolche Verantwortlichkeit durch den Abſtand der Schiffsparte und der verdienten oder noch zu verdienenden Frachtgelder endigt; außer, wenn ſie zu den Reparaturen oder anderen für das Schiff verwandten Koſten Auftrag ertheilt haben, wo ſie, Jeder nach ſeinem Antheil, perſönlich ver-

zogen, und haben einen entſcheidenden Einfluß, wenn auch vielleicht nicht auf das Recht ſelbſt, doch darauf gehabt, anderswo zum klaren Bewußtſein deſſelben zu gelangen.

[66]) Rotterd. Havar. u. Aſſec. Ordn. v. J. 1721. Art. 126, 127, 167. (v. Magens Verſuch über Aſſecuranzen S. 576, 577, 585.).

Digitized by Google

haftet sind [67]). Demnach können die Ablader, deren Güter durch das Verschulden des Schiffers eine Beschädigung erlitten haben, sich dieserhalb außer an den Schiffer selbst, nur an das Schiff und die Fracht halten [68]). Ferner gehen, wie nach französischem Rechte, die Ansprüche der Schiffsleute auf Heuer und Bergelohn nicht weiter als auf den Werth des Geborgenen [69]); und können die im Dienste des Schiffes Erkrankten oder Verwundeten ebenfalls nur Heilung auf Kosten des Schiffes verlangen [70]). Was dagegen die dem Schiffer gestatteten Wege, um sich im Auslande, wo er nicht zuvor bei seinen Rhedern anfragen kann [71]), das benöthigte Geld zu verschaffen, so muß er vor allen Dingen das Bedürfniß dazu constatiren; dann aber ist es ihm nicht bloß gestattet, sondern er ist dazu sogar zunächst angewiesen, dieserhalb einen Wechsel auf seine Rheder zu ziehen, wo nicht, Geld auf Bodmerei zu nehmen, und im schlimmsten Falle von der Ladung zu verkaufen [72]). Diese veräußerten Güter sollen den Eigen-

---

[67]) Niederl. HGBuch II, 2. Art. 3. u. 4.

[68]) Ebendas. II, 3. Art. 26; 4. Art. 46 u. 59. coll. 45; 10. Art. 12. u. 35. Vgl. II, 1. Art. 6. nr. 11.

[69]) Ebendas. II, 4. Art. 25, 26. coll. 50, 57; und 5. Art. 38. Vgl. II, 1. Art. 6. nr. 1, 5; 3. Art. 50; 4. Art. 28, 58; 5. Art. 8, 16 — 20, 22. Vgl. d. Verordn. Philipp 2. v. J. 1563. Tit. VAN SCHIPBREKINGHE art. 12. (VERWER pag. 111 — 3.)

[70]) Ebendas. II, 4. Art. 30 — 34, 36, 39 — 42.

[71]) Denn ist dieses möglich, so soll er auch von auswärts her ihre Meinung einholen; II, 3. Art. 18, 20, 28, 30.

[72]) Ebendas. II, 3. Art. 30. coll. 35. Vgl. II, 1. Art. 6. nr. 5 — 7; Art. 11.

Digitized by Google

thümern unter allen Umſtänden erſetzt werden, jedoch rückſichtlich des Preiſes mit derſelben Unterſcheidung, die ſich ſchon im franzöſiſchen Rechte findet [73]). Iſt hingegen das Geld auf Bodmerei genommen, ſo verſteht es ſich nach dem Begriffe der Bodmerei von ſelbſt, daß nach dem Untergange des Schiffes die Rheder zu nichts weiter gehalten ſind [74]). Hat aber endlich der Schiffer ſich ſeiner Befugniß bedient, und das benöthigte Geld mittelſt eines Wechſels auf ſie entnommen, ſo kann der Verluſt des Schiffes ſie nicht liberiren, denn ſolches Riſiko hat der Darleiher überall nicht übernommen, und dafür nicht, wie der Bodmereigeber, eine Prämie empfangen. Auch ergiebt ſich dieſes als die Anſicht des Geſetzes daraus, daß der Schiffer befugt worden iſt, ſolche für das Schiff aufgenommene Anleihen unter Benachrichtigung der Rheder davon verſichern zu laſſen, und daß ihm die Verpflichtung obliegt, vor dem Antritt der Rückreiſe denſelben eine genaue und detaillirte Rechnung zu überſenden [75]), offenbar deshalb, damit dieſe für ihre Sicherheit Sorge tragen können.

§. 24.

Nach dem engliſchen Rechte hafteten urſprünglich die Rheder nicht bloß wegen vernunft- und ordnungsmäßiger Verträge, ſondern auch wegen Malverſationen und Verſehen des Schiffers in Schiffsangelegenheiten, ohne daß dieſe Verpflichtung in dem Werthe des Schiffes und in dem Betrage der Fracht eine Gränze fand. Allein im

---

[73]) Ebendaſ. II, 3. Art. 31, 32. coll. 5. Art. 30. Vgl. oben §. 20.

[74]) Ebendaſ. II, 8. Art. 20. coll. 19.

[75]) Ebendaſ. II, 3. Art. 33, 34. Vgl. Abh. 24. §. 4. Not. 11.

Digitized by Google

Jahre 1733 setzte eine nach diesen Grundsätzen abgegebene Entscheidung, welche die Eigner des Schiffes für die vom Schiffer unterschlagenen Waaren verantwortlich erklärte, die Schiffsrheder in London in Allarm, und veranlaßte sie zur Ueberreichung einer Petition an das Parlement, worin auf eine Beschränkung der Verantwortlichkeit der Rheder für die vom Schiffer begangenen Veruntreuungen und Versehen angetragen wurde. Diesem Antrage wurde denn auch durch ein Statut vom Jahre 1734 entsprochen, welches, damit Niemand durch ein zu großes Risico von der Betreibung des dem Staate so wichtigen Rhedereigewerbes abgeschreckt werde, in solchen Fällen die Schiffseigner für nicht weiter gehalten erklärte, als bis zum Werthe des Schiffes mit seinem ganzen Zubehör, und der auf der Reise bereits verdienten, oder noch zu verdienenden Fracht [76]). In Ansehung der Verantwortlichkeit der Rheder für die Delictsschulden des Schiffers hat sich mithin das neuere englische Recht den übrigen bisher erläuterten Seerechten angeschlossen; in Betreff der Vertragsschulden desselben aber, werden dort fortwährend die früheren Grundsätze befolgt. Der Schiffer ist hienach im Auslande zwar wohl befugt, im Falle des Bedürfnisses einen Bodmereibrief auf das Schiff zu zeichnen; aber er ist keinesweges verpflichtet, das Anleihen gerade auf diese Weise zu machen, sondern er kann auch in gewöhnlicher Weise das benöthigte Geld aufnehmen; und wenn nur ein wahres Bedürfniß dazu vorhanden, und das angeliehene Geld zu solchem Zwecke gehörig verwendet war; so sind die Rheder zur Rückzahlung des Geldes verpflichtet, wenn auch die successiven Bedürf-

[76]) Abbott l. c. P. 3. ch. 5. pag. 274 — 9.

Digitized by Google

niſſe des Schiffes eine den Werth deſſelben überſteigende Totalſumme erfordert haben, oder das Schiff mit ſeinem Zubehör demnächſt untergegangen oder genommen worden ſein ſollte [77]). Sonach werden in dieſem Stücke in England im Weſentlichen dieſelben Grundſätze befolgt, wie ſie im römiſchen Rechte enthalten ſind.

§. 25.

Bei dem unverkennbaren Einfluſſe des, freilich wohl zum Theil durch die hanſeatiſchen Receſſe mit veranlaßten, Seerechts von Wisby auf die Seerechte des Nordens, der Oſtſeeländer und der Hanſeſtädte, wird, ehe wir zu dieſen übergehen, zu unterſuchen ſein, ob und was ſich in jenem über unſere Frage etwa vorfindet. Es iſt deſſen aber in der That nicht genug, um darauf mit völliger Sicherheit etwas bauen zu können. Denn aus der Vorſchrift, daß dasjenige Schiff, welches ein anderes mit Willen anſegelt, den Schaden erſetzen ſoll [78]), könnte höchſtens zu entnehmen ſein, daß die Rheder für Delicte und Verſehen des Schiffers über das Schiff hinaus nicht haften ſollen. Die fernere Beſtimmung, daß die Schiffsleute ihren Lohn verlieren, wenn das Schiff verloren geht [79]), läßt ſich auf verſchiedene Weiſe deuten; und nur der Umſtand, daß, wenn es dem Schiffer außerhalb Landes an Gelde gebricht, und er das nicht zeitig von Hauſe erhalten kann, er von den geladenen Kaufmannsgütern verkaufen, und dieſe bei

---

[77]) Abbott l. c. P. 2. ch. 2, 3. pag. 114. 155. Jacobſen Seerecht d. Krieges u. d. Friedens S. 492—5. Vgl. oben Note 11.

[78]) Wisb. Seer. Art. 48.

[79]) Ebendaſ. Art. 15.

Digitized by Google

seiner Ankunft im Bestimmungshafen nach den dortigen mittleren Marktpreisen ersetzen soll, und daß dieses Letztere in der einen Stelle ein Verkauf auf den Boden des Schiffes genannt wird [80]), scheint in Verbindung damit, daß von einer andern Art, wie er sich das benöthigte Geld verschaffen dürfte, gar nicht die Rede ist, ziemlich bestimmt darauf hinzudeuten, daß er keine Macht habe, seine Rheder anders als mittelst des Schiffes und bis zu dessen Werth zu verpflichten.

§. 26.

Entschieden aber spricht sich dieses als die Ansicht der beiden nordischen Seerechte, des dänischen und schwedischen, und zum Theil auch des russischen aus. Hat zuvörderst der Schiffer Güter veruntreuet, oder sind sie durch sein Verschulden verdorben oder beschädigt, so muß zunächst der Schadensersatz bei ihm selbst, hat er aber das Vermögen nicht, so kann er auch bei dem Schiffe und dessen Fracht, aber nie aus dem übrigen Vermögen der Rhederei gesucht werden [81]). Ferner haben auch nach diesen Rechten die Schiffsleute wegen ihrer Heuer und wegen etwaigen Bergelohns eine privilegirte Forderung an das Schiff und die Fracht, allein sie verlieren beides, wenn das Schiff bleibt, und von dessen Gerätschaft und den Kaufmannsgütern nicht so viel gerettet wird, daß sie aus dem ersteren und aus der Fracht für die letzteren befriedigt werden können [82]).

---

[80]) Ebendas. Art. 35, 40, 41.

[81]) Dän. Gesetzb. IV, 2. Art. 17; 3. Art. 4. Schwed. Seer. II. Kap. 15. Russ. Seer. VIII, §. 165; XII, §. 262, 263, 268, 272.

[82]) Dän. Gesetzb. IV, 3. Art. 1; 4. Art. 8. Schwed. Seer. V. Kap. 2. Russ. Seer. V. §. 91—93; X. §. 212; XIII. §. 283.

Digitized by Google

Und was endlich die vom Schiffer auf der Reiſe eingegangenen Verbindlichkeiten anbetrifft, ſo verordnet darüber das däniſche Recht:

> Wann ein Schiffer in fremden Ländern anlangt, und daſelbſt einen Handel, als Kauf und Verkauf, Miethe oder anderweitigen Contract, wie der Namen haben mag, aufrichtet, in welchem er ſeine Rheder, die zu Hauſe ſind, mit Hand und Siegel verpflichtet, daß ſie dafür ſollen gehalten ſein, ſo ſind ſie keinesweges ſolchem zu geleben ſchuldig, maaßen der Schiffer ſeiner Rheder Güter weiter nicht mächtig iſt als deſſen, was er unter Händen hat, welches iſt das gegenwärtige Schiff und Gut womit er fährt. Hat aber Jemand einen Kauf oder Handel mit dem Schiffer geſchloſſen, der mag ſich ſeines Schadens an dem Schiffe, und nicht an den Rhedern erholen, es wäre denn, daß die Rheder ſich mit ſolchen Kaufmannsgütern befaßten [83]).

Dieſe Vorſchrift bezieht ſich freilich zunächſt auf den Ankauf von Waaren für Rechnung des Schiffes; allein ſie wird doch demnächſt auf alle Verbindlichkeiten, die der Schiffer eingeht, ausgedehnt, und muß daher, beſonders des hinzugefügten Grundes wegen, auch von ſolchen Verpflichtungen verſtanden werden, die er zur Reparatur und Ausrüſtung des Schiffes übernimmt; ſo daß namentlich, wenn er zu dieſem Zwecke von den Kaufmannsgütern verkauft hat, die dann zufolge des Geſetzes den Verladern nach dem Marktpreiſe im Beſtimmungshafen vergütet werden ſollen [84]), die Rheder nach dem Untergange oder der

[83]) Dän. Geſetzb. IV, 2. Art. 5.

[84]) Ebendaſ. Art. 15.

Digitized by Google

Abtretung des Schiffes und der Fracht hiezu nicht weiter gehalten sind.

§. 27.

Auf gleiche Weise beschränkt das schwedische Recht die Verpflichtung der Rheder.

Alles, — heißt es in demselben, — was ein Schiffer schließt, thut oder verhandelt in Dingen, die ihm nach seinem Amte anvertrauet sind, oder sein müssen, dadurch verbindet er nicht allein sich, sondern auch seine Rheder, und seine und ihre Erben, so daß sie kraft dieser Verbindung nicht allein schuldig sind, auf jede Klage zu antworten, die ihnen auf solche Art begegnen kann, sondern auch die Macht und Befugniß erhalten, diejenigen gerichtlich zu belangen, gegen welche sie mit Bestande Ansprüche machen zu können glauben, bis Alles gerichtlich sowohl erkannt als vollzogen worden. Doch wenn die Rheder das Schiff und dessen Geräthschaft abtreten wollen, sind sie von fernerer Ansprache frei, und kann man ihr übriges Eigenthum nicht angreifen, es sei denn, daß sie sich hiezu ausdrücklich verpflichtet haben .... [85]).

Consequenter Weise gestattet daher das schwedische Recht es dem Schiffer nicht, von auswärts her auf seine Rheder zu trassiren; sondern, wenn sie ihn nicht mit Creditbriefen versehen haben, so hat er nur die Macht, von den Geräthschaften des Schiffes zu versetzen oder zu verkaufen, einen Bodmereibrief zu zeichnen, und im äußersten Falle von den geladenen Gütern zu verkaufen unter der Verpflich-

[85]) Schwed. Seer. II. Kap. 16.

Digitized by Google

tung ſie, „wann er überkommt“ nach den dortigen Preiſen zu bezahlen. Es werden aber der Schiffer ſowohl als die Rheder von aller weiteren Anſprache dieſerwegen frei, wenn ſie dem Befrachter, welchem jenes Gut zugehörte, das Schiff abſtehen. „Denn Befrachter und Schiffer ſind nicht weiter gegen einander verbunden, als des Einen Gut und des Andern Schiff reichet, es wäre denn, daß ausdrücklich ein Anderes zwiſchen ihnen verabredet worden, oder des einen oder des andern Vergehen dazu käme [86]).

§. 28.

Das ruſſiſche Recht hingegen weicht in dieſem Stücke ab, denn, wenn der Schiffer im auswärtigen Hafen Geldes benöthigt iſt, und keine Creditive bei ſich führt, ſo ſoll er ſich zunächſt bemühen, für ſich ſelbſt in dem Hafen Credit zu finden, und erſt, wenn ihm das nicht gelingt, ſein Fahrzeug verpfänden, oder im äußerſten Fall einen Theil der Waaren verkaufen, verpfänden oder vertauſchen, und dieſe dann dem Eigenthümer zu dem Preiſe, wozu ſie am Beſtimmungsorte hätten verkauft werden können, bezahlen, jedoch dabei die volle Fracht in Abzug bringen [87]). Da dieſe letztere Verpflichtung weder an die Bedingung der glücklichen Ueberkunft des Schiffes geknüpft, noch die Sache dabei auf den Verkaufspreis der übrigen geladenen Güter geſtellt iſt, ſo muß man annehmen, daß der Schiffer zu dem fraglichen Erſatze auf jeden Fall, das Schiff mag behalten bleiben oder verunglücken, eben ſo verbunden ſein ſoll, als dieſes ohne Zweifel dann angenommen werden muß, wenn er auf ſeinen perſönlichen Credit ein Dar-

[86]) Ebendaſ. III. Kap. 8; IV. Kap. 2; und beſ. II. Kap. 12.

[87]) Ruſſ. Seer. II. §. 46.

Digitized by Google

lehen erhalten hätte. Erklären aber die Gesetze den Schiffer dem Dritten für unbedingt verhaftet, so können sie ihm auch, selbst im Falle das Schiff verunglückt sein sollte, seinen Regreß gegen die Rheder, und eben so wenig aus seiner Person den Dritten selbst gegen Jene die actio exercitoria verweigern.

§. 29.

Mit großer Ausführlichkeit sind in diesem ganzen Stücke die älteren und neueren preußischen Rechte abgefaßt. Sie lassen zuvörderst gleich den übrigen Seerechten die subsidiäre Verpflichtung der Rheder zum Schadensersatz für Versehen des Schiffers nur insoweit eintreten, als dazu das Schiff zureichend ist[88]). Sie sprechen den Schiffsleuten ihre Forderung auf Heuer und Bergelohn ab, wenn das Schiff genommen wird oder gänzlich verloren geht[89]). Und sie verordnen endlich, daß die Rheder zwar dasjenige, was der Schiffer wegen des ihm untergebenen Schiffes handelt und contrahirt, gebunden werden, und sich dawider nicht mit dem Einwande, demselben dazu keine Vollmacht ertheilt zu haben, schützen können, gestatten es ihnen aber sich davon durch Abtretung des Schiffes und der

---

[88]) Preuß. Seer. v. J. 1727. III, Art. 53. IX, Art. 21, 28. Preuß. Assec.-Ordn. v. J. 1766. VIII, §. 114; IX, §. 122, 127, 129. Preuß. Landr., II, 8. §. 1528, 9; 1913, 1914, 1929. Natürlich haften aber die Rheder dann persönlich und zum Vollen, wenn sie dem Schiffer unerlaubte Aufträge ertheilten. Preuß. Landr. II, 8. §. 1532, 3. coll. 515—9 u. I, 6. §. 50—53.

[89]) Preuß. Seer. v. J. 1727. IV, Art. 10, 11, 33; IX, Art. 1, 4, 5. Preuß. Strandordn. v. J. 1728. IV, Art. 19. Preuß. Landr. II, 8. §. 1576—8. coll. I, 20. §. 325.

Digitized by Google

Frachtgelder zu befreien [90]). Namentlich iſt es eine Folge dieſes Grundſatzes, daß, wenn der Schiffer für die Ranzion eines vom Feinde genommenen Schiffes eine gewiſſe Summe verſpricht, die Rheder und Befrachter ſich von der Erfüllung durch die Aufgabe des Schiffes losſagen können; wenn nicht etwa der Schiffer ſelbſt oder einige von der Mannſchaft als Geißel dafür genommen ſind; denn dann wird der Abandon nicht zugelaſſen [91]). Auch enthält das preußiſche Landrecht für alle Fälle, wo es den Abandon des Schiffes an ſich geſtattet, die ſehr angemeſſene Beſchränkung, daß die Rheder die Befugniß dazu verlieren, wenn ſie nach Endigung der Reiſe, während welcher eine ſolche ihnen bekannt gewordene Forderung entſtanden iſt, das Schiff aufs Neue haben in See gehen laſſen [92]). —

§. 30.

Obwohl übrigens den Rhedern im Allgemeinen die Befugniß ertheilt iſt, ſich von den durch ihren Schiffer contrahirten Verbindlichkeiten durch die Abtretung ihrer Schiffsparte zu befreien, ſo kann dieſes doch einentheils da keine Anwendung finden, wo dabei im beſonderen Auftrage der Rheder gehandelt war, und anderntheils auch dann nicht, wenn der Schiffer an einem fremden Orte, wo ſich keine Bevollmächtigte ſeiner Rheder befanden, Geld zur Fortſetzung der Reiſe aufzunehmen, oder dieſerhalb von den

---

[90]) Preuß. Seer. v. J. 1727. III. Art. 26. coll. X. Art. 59. Preuß. Landr. II, 8. §. 1525, 6; 1529. coll. 2388, 9.

[91]) Preuß. Seer. v. J. 1727. VIII. Art. 26; Preuß. Landr. II, 8. §. 1831—33. Die im Text erwähnte Ausnahme nimt auch die franzöſiſche Jurisprudenz an. Pardessus l. c. Tom. 3. pag. 105.

[92]) Preuß. Landr. II, 8. §. 1531.

Digitized by Google

inhabenden Waaren zu verkaufen genöthigt worden ist. Denn in dem Falle eines solchen Bedürfnisses weist das Gesetz ihn an, vor allen Dingen ein simples Darlehn zu den möglichst vortheilhaften Bedingungen zu suchen, und erst im Entstehungsfalle einen Bodmereibrief zu zeichnen[93]). Unmöglich kann es aber hiebei die Absicht des Gesetzes sein, daß jenes Darlehn nun doch im Effecte nur dieselben Wirkungen, wie eine Bodmereischuld haben, und gleich dieser mit dem Untergange oder der Abtretung des Schiffes seine Gültigkeit verlieren solle; denn dadurch würde der Darleiher, der die Seegefahr gar nicht laufen wollte, und dafür gar keine Prämie genossen hat, offenbar hintergangen werden. Hier hat das Gesetz den Schiffer für den Rheder anzuleihen autorisirt, und sonach muß ein solches, in befugter Maaße, aufgenommene Darlehn so angesehen werden, als habe der Rheder dazu die Vollmacht ertheilt, so daß dem Schiffer, der dafür persönlich haftet, sein Regreß gegen die Rheder, und also auch den Dritten gegen dieselben aus der Person des Schiffers eine Klage bleibt. Dasselbe muß aus den gleichen Gründen von dem zweiten Falle gelten, wenn der Schiffer auch keine Bodmerei findet, und deshalb von der Ladung zu verkaufen sich genöthigt sieht[94]). Es tritt hier aber noch der historische Grund, den Rheder für unbedingt verpflichtet zu achten, hinzu, daß, während in dem älteren Seerechte vom Jahre

---

[93]) Preuß. Seer. v. J. 1727. III. Art. 33; VII. Art. 4. Preuß. Landr. II, 8. §. 1499, 1500. coll. 1502, 3 u. I, 20. §. 314, 320, 379.

[94]) Preuß. Seer. v. J. 1727. III. Art. 33. VIII. Art. 18. Preuß. Landr. II, 8. §. 1501—3.

Digitized by Google

1727 die Verbindlichkeit zur Bezahlung der veräußerten Waaren, ausdrücklich nur für den Fall der glücklichen Ankunft des Schiffes vorgeſchrieben war[95]), das neuere Landrecht ſie unbeſchränkt ſanctionirt[96]).

§. 31.

Nach dieſer Darſtellung der übrigen Seerechte wenden wir uns nunmehr zu den dieſerhalb in den freien Hanſeſtädten beſtehenden Geſetzen, nämlich theils den gemeinſchaftlichen hanſeatiſchen Schiffsordnungen, theils den particulären Vorſchriften der einzelnen Statute. In dieſen findet ſich nun, wenn durch den Schiffer in Schiffsangelegenheiten Jemandem ein Schaden zugefügt iſt, mehrentheils nur die Vorſchrift, daß der Schiffer ſolchen erſetzen ſoll, ohne daß des Rhebers dabei gedacht würde[97]). Jedoch wird, namentlich bei dem culpoſen Anſegeln auch eine ſubſidiäre Verpflichtung der Rheder, aber nur bis zum Werthe ihres Schiffes mit deſſen Zubehör erwähnt[98]); und

---

[95]) Preuß. Seer. v. J. 1727. III. Art. 51.

[96]) Preuß. Landr. II, 8, §. 1710.

[97]) Hanſeat. Seer. v. J. 1614. III. Art. 2; IV. Art. 1, 3; V. Art. 5; IX. Art. 2. Hamburg. Stat. v. 1270. XIII, 23; v. 1292, Schipr. Art. 23; v. 1497. P. 7, 13, 25; v. 1603. II, 14. Art. 4, 10, 24, 34—36, 41. Lüb. Recht VI, 1. Art. 8, 9; 4. Art. 5.

[98]) Hanſeat. See-Recht v. J. 1614. X. Art. 2. Hamburg. Aſſecur. Ordn. Tit. 8. Art. 1, 2, 4. In dieſem Falle einer vom Schiffer begangenen Schuld und Verſäumniß, beſchränkt denn auch für Hamburg die Verbindlichkeit des Rhebers auf deſſen Schiffspart und Antheil an der Fracht, Langenbeck Anmerk. z. hamb. Seer. S. 24, auch exiſtirt dafür ein Präjudicat der ehemaligen Cour impériale in Hamburg (Jacobſen Seer. des Friedens S. 64, 65); und für Lübeck, Stein

es unterliegt daher keinem Anstande, daß sie für Versehen des Schiffers, aber nur mit der angegebenen, ohnehin allen Seerechten gemeinschaftlichen Einschränkung haften. Ferner, und das drückt namentlich das lübische Recht als eine Begünstigung derselben aus, bekommen die Schiffsleute zwar ihre volle Heuer, wenn von dem gebliebenen Schiffe nur so viel gerettet wird, als der Heuer werth ist; aber mehr als das Geborgene können sie nie fordern [99]). Was nun aber die vom Schiffer außer Landes für die Bedürfnisse des Schiffes aufzunehmenden Gelder oder einzugehenden Verbindlichkeiten anbetrifft, so ist es aus der älteren Zeit nicht recht klar, wie er sich dieselben verschaffte; denn Bodmereien zu schließen, war ihm durch die hanseatischen Recesse des funfzehnten Jahrhunderts, so wie in den mittleren Recensionen des lübischen Rechts auf das Strengste untersagt [100]). Wahrscheinlich mußten die damals gewöhn-

---

Abhandl. d. lüb. Rechts Th. 5. §. 38. in nota S. 54; der dabei zugleich die Analogie d. lüb. Statut. IV, 3. Art. 3, wonach der Eigenthümer für Schaden, den sein Kutscher anrichtet, in subsidium, aber nur mit Pferd und Wagen haftet, geltend macht.

[99]) Hanseat. Seer. v. J. 1591. Art. 45; v. J. 1614. IV. Art. 29. Lüb. Recht VI, 3. Art. 3, 7. Hamburg. Statut. II, 17. Art. 1. Werden die Schiffsleute im Dienste oder bei der Vertheidigung des Schiffes verwundet, so sollen sie in Havarie grosse geheilt werden. Hanseat. Seer. v. J. 1591. Art. 36, 40; v. J. 1614. XIV. Art. 3. Hamb. Statut. v. J. 1497. P. 20; v. J. 1603. II, 14. Art. 17, 42. Hamburg. Assec. Ordn. Tit. 21. Art. 9. nr. 5. Vgl. d. dänische Gesetzb. IV, 3. Art. 17.

[100]) Das Verbot findet sich namentlich in den hanseat. Recessen v. J. 1418, 1427, 1434, 1442 u. 1447. (Vgl. Sartorius

lich auf dem Schiffe anweſenden Kaufleute ihm mit Vorſchüſſen, oder mit Waaren zum Verkauf zu Hülfe kommen. Wenigſtens verordnen die hamburgiſchen Statuten vom Jahre 1497, und dieſe Vorſchrift iſt in den neueſten Statuten beibehalten, daß der Schiffer im Nothfalle von den Gütern des Kaufmanns nehmen, und ſolche verkaufen ſoll; und wird dieſer Verkauf als auf den Boden des Schiffes geſchehen, betrachtet [101]), ſo daß ein Erſatz dafür nicht anders gegeben zu werden braucht, als wenn der Boden demnächſt ſo viel zu Lande bringt. Auch geſtatten ihm die neueſten hamburgiſchen Statuten auf der Reiſe das Verſetzen von Tau und Takel [102]), ſo wie das Zeichnen von Bodmereibriefen [103]).

§. 32.

Die neueren hanſeatiſchen Rechte ertheilen ebenfalls dem Schiffer ausgedehntere Befugniſſe, als ſie ihm früher zugeſtanden zu haben ſcheinen. Im Nothfalle nämlich darf er im fremden Lande das Schiff repariren laſſen, ſo wie die erforderlichen Geräthſchaften und Victualien für daſſelbe anſchaffen „um das gute Schiff durch die See bringen und führen" zu können, und müſſen die Rheder ihm für ſolche Auslagen, ſoweit dabei das rechte Maaß gehalten, und

---

hanſeat. Geſchichte B. 2. S. 711); und im lübiſchen Rechte Cod. Brox. II, 131; III, 298.

[101]) Hamburg. Statut. v. J. 1497. P. 8, 10; v. J. 1603. II, 14. Art. 5, 7. Vgl. Langenbeck Anmerk. üb. d. hamburg. Schiff- u. See-Recht S. 35 — 37.

[102]) Hamb. Statut. II, 14. Art. 8.

[103]) Hamb. Statut. II, 18. Art. 1 — 3; coll. 4, 5; u. II, 14. Art. 32. Langenbeck a. a. O. S. 283, 4.

Digitized by Google

redlich verfahren ist, gerecht werden [104]); und ist hiebei mit keiner Sylbe gesagt, daß die Verpflichtung zur Leistung solchen Ersatzes mit dem Untergange oder Verluste des Schiffes wegfalle. Ferner findet sich über die von ihm zu machenden Anleihen folgende Vorschrift:

> Wann aber ein Schiffer außerhalb Landes, da er seiner Rheder nicht mächtig, beweislichen Schaden an dem Schiffe oder Schiffs-Gereitschaft nehmen würde, und der Orten kein Geld auf Wechsel, an seine Rheder überzuschreiben, bekommen könnte, oder, er hätte auch im Schiffe keine Güter, die er zu besserm Vortheil der Rheder, als die Bodmerei sich belaufen wollte, verkaufen könnte: alsdann in solchem Fall der Noth, das Schiff und Gut zu retten und zu bergen, soll er Macht haben, von wegen der sämtlichen Rheder, so viel Geld auf Bodmerei zu nehmen, als er zu Besserung des Schadens, und anderer dergleichen Nothfälle eigentlich vonnöthen hat; und was er also gebodemet, das sollen die Samptfreunde zu bezahlen schuldig seyn [105]).

Das hanseatische Seerecht gestattet also dem Schiffer nicht bloß solche Formen des Anleihens, wodurch die Rheder lediglich vermittelst des Schiffes und nur bis zum Belauf von dessen Werth mit Zubehör und Fracht verpflichtet werden [106]),

---

[104]) Hanseat. Seer. v. J. 1591. Art. 3, 6; v. J. 1614. I. Art. 4; V. Art. 3.

[105]) Hanseat. Seer. v. J. 1591. Art. 58; v. J. 1614. VI. Art. 2, ibique Kurike pag. 176, 7. Cf. d. hanseat. Seer. v. J. 1591. Art. 55; v. J. 1614. VI. Art. 3.

[106]) Auf diese Gegenstände erstreckt sich auch nach diesen Rechten die Bodmereischuld. Hamb. Statut. II, 18. Art. 3.

Digitized by Google

ſondern, und zwar unter der Verpflichtung dieſes vorzuziehen, die Aufnahme eines Anleihens auf den perſönlichen Credit der Rheder mittelſt eines auf dieſelben zu traſſirenden Wechſels. Es kann alſo keinem Bedenken unterliegen, daß, wenn nur, warum der Darleiher des Geldes ſich allerdings zu bekümmern hat [107]), ein wirkliches Bedürfniß für ein Darlehen vorhanden war, die Rheder einen ſolchen Wechſel zu honoriren haben, ohne daß ſie der etwaige ſpätere Verluſt des Schiffes davon befreien kann; denn jedenfalls müßte der Schiffer als Traſſant auch dann noch verpflichtet bleiben; und könnte doch unmöglich auf ihm der Schaden haften bleiben, da er bloß im Intereſſe ſeiner Rheder und ganz legal gehandelt hat.

§. 33.

Wenn es übrigens dem Schiffer geſtattet iſt, ſich das benöthigte Geld mittelſt eines Wechſels auf ſeine Rheder zu verſchaffen, ſo kann es ihm auch nicht verwehrt ſein, es für dieſelben in der Form eines gewöhnlichen Anleihens aufzunehmen; denn es läßt ſich nicht abſehen, welches Intereſſe die Rheder dabei haben ſollten, zum ſofortigen Rembours des Dargeliehenen durch eine auf ſie abgegebene Tratte angehalten zu werden. Ein ſolches Intereſſe könnte möglicher Weiſe nur darin gefunden werden, daß die Rheder zeitig, vor dem Abgange des Schiffes, von der Aufnahme des Geldes Kenntniß erhalten, um, wenn ſie es gerathen finden, ſich dieſerhalb mit einer Verſicherung des Schiffes vorſehen zu können. Dieſes läßt ſich aber bei einem Anleihen anderer Art eben ſo gut und noch ſicherer erreichen, wenn der Schiffer, welcher ſchon im Allgemeinen

---

[107]) S. oben Note 3.

Digitized by Google

dazu verpflichtet ist, oder der Darleiher selbst, insofern er nicht glaubt sich dabei auf den Schiffer verlassen zu können, dem Rheder ungesäumt, und spätestens vor dem Abgange des Schiffes davon eine Anzeige zugehen läßt. Ist daher dieses nur geschehen, so würde z. B. die Verpflichtung der Rheder in dem Falle keinem Anstande unterliegen, wenn ihr Handelsfreund im Nothhafen, an welchen sie dem Schiffer keine Accreditive mitgegeben hatten, denselben dort für seine Bedürfnisse mit Vorschüssen versehen, und ihn dadurch der Nothwendigkeit enthoben hätte, vielleicht zu hohen Prämien Bodmereigelder zu suchen. Wenn es daher jetzt auch bei den hanseatischen Schiffern ungewöhnlich sein möchte, daß sie in Nothfällen von auswärts her auf ihre Rheder trassiren, so bleibt es ihnen doch unverwehrt, eine solche anderweitige Gelegenheit zu einem Anleihen auf den persönlichen Credit ihrer Rheder, wofür diese auch nach dem Untergange des Schiffes noch haften müssen, zu benutzen; und sind sie keineswegs auf den Verkauf eines Theils der Ladung oder der Schiffsgeräthe, oder auf das Zeichnen von Bodmereien eingeschränkt. Nur dann dürfte dieses Letztere anzunehmen sein, wenn der Schiffer einen beschränkten Creditbrief erhalten hat, dieser erschöpft ist, und er nun gleichwohl weitere Bedürfnisse hat; denn durch die Beschränkung des Accreditifs auf eine gewisse Summe hat der Rheder genugsam zu erkennen gegeben, daß er in ein weiteres persönliches Obligo nicht treten will. Würde mithin derjenige, auf den der Creditbrief lautet, oder ein Anderer, welchem dessen Inhalt bekannt war, dem Schiffer einen weiteren Vorschuß auf den persönlichen Credit der Rhederei ertheilen, so könnte er, im Falle das Schiff verloren gehen oder genommen werden

Digitized by Google

sollte, mit Sicherheit auf seine Befriedigung nicht rechnen.

§. 34.

Wenn nun aber solcher Gestalt auch noch nach dem heutigen hanseatischen Seerechte die Rheder für die reinen Vertragsschulden des Schiffers selbst mit ihrer fortune de terre aufkommen müssen; so erscheint es doch als eine sehr zweifelhafte Frage, ob solche unbeschränkte Verpflichtung selbst dann noch eintritt, wenn der Schiffer das für ein reelles Bedürfniß des Schiffes Namens desselben aufgenommene Geld hinterdrein nutzlos vergeudet, oder wohl gar treuloser Weise in seinen Nutzen verwendet haben sollte; oder ob nicht vielmehr in diesem Falle den Rhedern gestattet werden müßte, sich durch die Aufgabe ihrer Rechte am Schiffe von aller weiteren Verpflichtung zu befreien? — Denn, wenn im römischen Rechte selbst in diesem Falle die Rheder für unbedingt verpflichtet erklärt werden, so wird als Grund hievon ausdrücklich angeführt, sie hätten es sich selbst zuzuschreiben, einen solchen Schiffer angestellt zu haben [108]); was auf ihre Verpflichtung, auch für Versehen und Delicte des Schiffers einstehen zu müssen, hinzudeuten scheint. Da nun für diese letzteren nach den neueren und namentlich auch nach den hanseatischen Seerechten die Rheder ohne concurrirendes eigenes Verschulden nicht über den Werth des Schiffes hinaus haften, so hat es in der That Vieles für sich, diese Beschränkung ihrer Verpflichtung auch in dem Falle eines vom Schiffer veruntreueten oder vergeudeten Darlehns eintreten zu lassen. Gleichwohl ist hiefür in den Hansestädten nach der jetzigen

[108]) l. 1. §. 9. D. de exercit. act. (14, 1.).

Digitized by Google

Lage der Gesetzgebung kein hinreichender Grund vorhanden. Denn das Prinzip, daß unredliche und culpose Handlungen des Schiffers die Rheder nicht über das Schiff hinaus verpflichten, findet sich in den hanseatischen Rechten nur für solche Fälle aufgestellt, wo dadurch die ganze Forderung erst hervor gebracht wird. Bei einem an sich vernünftigen Darlehen, welches ausdrücklich für das Schiff aufgenommen worden ist, entsteht aber die Verpflichtung der Rheder durch die Aufnahme des Darlehens selbst, nicht erst durch dessen Verwendung, wobei man ohnehin dem Darleiher keine Aufsicht zumuthen kann [109]); dazu aber, wegen späterer Vergehen des Schiffers, die einmal durch ein erlaubtes Geschäft existent gewordene unbeschränkte Verpflichtung der Rheder demnächst wieder zu beschränken, ist kein Grund vorhanden. Sonst müßten ja z. B. die Rheder selbst von der Schuld eines bereits ordnungsmäßig in das Schiff verwandten Darlehns wieder frei werden, wenn der Schiffer demnächst das Schiff wegsetzen, oder es auch nur durch sein Verschulden zu Grunde gehen lassen sollte. Und, wenn das Gesetz sagt, sie müßten es sich selbst zurechnen, einen solchen Mann als Schiffer angestellt zu haben, so ist das auch nach dieser Ansicht ein zutreffender Grund, ohne daß daraus die oben abgeleitete Folge gezogen werden kann.

§. 35.

Hätte übrigens der Schiffer im eigenen Namen contrahirt, und könnten folglich die Rheder nur mit einer lediglich aus seiner Person abgeleiteten Klage in Anspruch genommen werden, so würden freilich dem Dritten alle

---

[109]) l. 7. pr. D. eod.

Digitized by Google

Einreden entgegen ſtehen, die gegen den Schiffer ſelbſt zuläſſig wären. Dabei könnte es denn ſehr in Frage kommen, ob nicht eine ſolche Einrede daher entnommen werden dürfte, wenn der Schiffer, welcher gleich nach ſeiner Zuhauſekunft den Rhedern auf deren Begehren vollſtändige Rechnung ablegen ſoll [110]), dieſes unterlaſſen, und dadurch die Rheder zu der Meinung verleitet hätte, als hafteten keine weiteren Schulden auf dem Schiffe; ſie in dieſer Meinung das Schiff, deſſen ſie ſich ſonſt vielleicht entäußert hätten, wieder in See gehen ließen, und es auf dieſer neuen Reiſe verloren oder als werthloſes Wrack zurück erhielten. Und allerdings möchten ſich Umſtände denken laſſen, wo die Rheder gegen den Schiffer, und gegen lediglich aus deſſen Perſon klagende Dritte mit einer hierauf gegründeten Einrede, und dem Antrage zugelaſſen werden müßten, ſie gegen Abtretung ihrer Rechte am Schiffe von aller weiteren Verbindlichkeit frei zu ſprechen. Es dürfte aber hiebei Alles von den näheren Verhältniſſen des concreten Falles abhängen.

§. 36.

Faſſen wir nun ſchließlich die Reſultate der bisherigen Unterſuchungen im Kurzen zuſammen, ſo gehen ſie dahin.

---

[110]) Hamburg. Statut. II, 14. Art. 39, 40. Hanſeat. Seer. v. J. 1591. Art. 11, 12; v. J. 1614. V. Art. 4; XII. Art. 1. — Uebrigens ſind bei dem OAGerichte noch keine Fälle zur Entſcheidung gekommen, wo über die Gränzen der Verpflichtung der Rheder aus Handlungen des Schiffers hauptſächlich zu erkennen geweſen wäre. Nebenbei zur Sprache kam aber die Sache in den beiden am 20ſten, und 21ſten Oct. 1823 entſchiedenen hamburgiſchen Rechtsſachen Babe c. Berend Rooſen; und Babe c. Joh. Meyer.

Digitized by Google

Es kann als gemeines europäisches Seerecht angesehen werden, daß Forderungen, die auf einem Verschulden oder einem Delicte des Schiffers beruhen, zwar an sich auch gegen die Rheder geltend gemacht werden, diese sich aber davon durch die Abtretung des Schiffes samt Zubehör und Fracht befreien können [111]). Es ist ferner jetziges gemeines Seerecht, daß die Schiffsmannschaft ihre Heuer nur aus dem Schiffe, und der damit verdienten Fracht fordern kann [112]). Es ist außerdem allgemein angenommener Grundsatz, daß der Schiffer am Wohnorte der Rheder ohne deren Zustimmung kein dieselben verpflichtendes Rechtsgeschäft von Erheblichkeit vorzunehmen berechtigt ist; daß er jedoch die Macht hiezu im Auslande, wo die Noth es erheischt, allerdings besitzt. Dabei aber endlich befolgen die verschiedenen Seerechte verschiedene Grundsätze; indem einige dem Schiffer nur die Eingehung solcher Verträge gestatten, welche zunächst das Schiff, und die Rhederei nur vermittelst des Schiffes und bis auf dessen Werth mit Einschluß der Fracht verpflichten; andere hingegen es ihm auch einräumen oder wohl gar es ihm zunächst zur Pflicht machen, in solchen Fällen den persönlichen Credit seiner Rheder auf

---

111) Schilter praxis iur. Rom. ex. 27. §. 18—20. Wedderkop introd. in ius nautic. lib. 1. tit. 1. §. 6, 7. v. Martens Handelsr. §. 164. nr. 2. Jacobsen Seer. d. Friedens S. 64. — Alle diese Schriftsteller, wenn sie sich auch zum Theil nicht scharf genug ausdrücken, reden doch nur von Verpflichtungen, die auf einem Verschulden des Schiffers beruhen.

112) Nach dem römischen Rechte würde es anders seyn. Hevia labyrinthus commercii nav. cap. 4. nr. 36. 39. Rocchus de navibus not. 43.

Digitized by Google

eine vernünftige Weiſe zu benutzen, — wodurch dann die Letzteren auf der einen Seite den Vortheil genießen, häufig das benöthigte Geld zu wohlfeileren Preiſen zu erhalten, dagegen aber auch auf der andern Seite den hievon unzertrennlichen Nachtheil tragen müſſen, daß ſie für ſolche Schulden auch nach dem Untergange des Schiffes annoch mit ihrem übrigen Vermögen verantwortlich bleiben.

Digitized by Google

XXIV.

Vom correspondirenden Rheder.

§. 1.

In früherer Zeit, wo man einentheils noch nicht so scharf zwischen den Befugnissen des Schiffers am Wohnorte der Rheder und im Auslande unterschied, und wo anderntheils die Schiffe kleiner waren und keine so große Zahl von Miteigenthümern dabei concurrirte, wie dieses jetzt häufig der Fall ist, mithin an den wichtigeren Schiffsangelegenheiten leichter Alle Theil nehmen konnten, existirte kein Bedürfniß, dem Schiffer aus der Mitte der Rhederei noch einen Bevollmächtigten an die Seite zu setzen. Bei den großen Beschränkungen hingegen, welche die neueren Seerechte dem Wirkungskreise des Schiffers da, wo die Rheder anwesend sind, gesetzt, und bei der beständigen Rücksprache mit denselben, wozu sie den Schiffer verpflichtet haben, mußte sich ein solches Bedürfniß sehr bald fühlbar machen, da doch nicht in jeder solcher Angelegenheit immer alle Rheder angegangen werden konnten. Um demselben abzuhelfen, wählte man, wenigstens in den Hansestädten, anfangs, um jedes einzelne zuvor von der Gesamtheit der Schiffsfreunde beschlossene Geschäft in Gemeinschaft mit dem Rheder auszuführen, einen oder einige der Rheder, deren Vollmacht dann aber mit der Beendigung jenes Geschäftes ebenfalls wieder seine Endschaft erreichte. Die hanseatischen Seerechte verpflichten die Schiffsfreunde zur Bestellung solcher Bevoll-

Digitized by Google

mächtigter namentlich dann, wenn sie die Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes beschlossen haben[1]), oder wenn die Verproviantirung desselben in Frage steht[2]). Jetzt pflegt aber statt dessen einem der Mitrheder die Direction der Schiffsangelegenheiten im Allgemeinen, und zwar bald für beständig, und dann gewöhnlich dem, welcher die größere Zahl von Schiffsparten hat, bald nach einer abwechselnden Folge der mehreren Eigner übertragen zu werden, und führt dann der Bevollmächtigte in dieser seiner Eigenschaft den Namen des dirigirenden, buchführenden oder correspondirenden Rhebers, oder auch wohl des Schiffdirectors, Buchführers und Correspondenten schlechtweg. Das rechtliche Verhältniß, in welchem der correspondirende Rheder zu seinen Mitrhedern, zum Schiffer und zu Dritten steht, findet sich aber in den Seerechten mehrentheils gar nicht[3]), in anderen wenigstens nur kurz und ungenügend[4]), und allein in

---

[1]) Hanseat. Seer. v. J. 1591. Art. 4, 5; v. J. 1614. I. Art. 4, 6; V. Art. 1.

[2]) Hanseat. Seer. v. J. 1591. Art. 8; v. J. 1614. V. Art. 2. coll. 1; Hamburg. Statut. II, 13. Art. 4; u. dazu Langenbeck in d. Anmerk. S. 22.

[3]) Denn mit einer bloßen beiläufigen Erwähnung des Bevollmächtigten der Rheder, wie sich diese z. B. im schwed. Seer. III. Kap. 3, und im Code de Comm. art. 232 findet, läßt sich nichts anfangen. Auch in England, wo man denselben the husband of the ship nennt (Abbott of merchant ships and seaman pag. 90, 138. ed. 5), scheint sich hinsichtlich seiner Befugnisse keine allgemeine Norm gebildet zu haben.

[4]) Dahin gehören das preuß. Seer. v. J. 1727. II. Art. 2, 12; III. Art. 37; das preuß. Landr. II, 8. §. 1431, 1432, 1519; und die russische Ordnung der Handelsschifffahrt VIII. Art. 161,

Digitized by Google

dem neuen Handelsgesetzbuche für das Königreich der Niederlande [5]) mit größerer Ausführlichkeit und Genauigkeit bestimmt; und dürfte daher die Sache wohl eine Erörterung verdienen.

§. 2.

Es erscheint nun aber der correspondirende Rheder als der Beauftragte der Rhederei in den Angelegenheiten des gemeinschaftlichen Schiffes, und da dieser Auftrag kein einzelnes Geschäft sondern eine ganze Classe von Geschäften zum Gegenstande hat, so kann man, wie dieses das preußische Landrecht thut, den Correspondenten, soweit er das Interesse seiner Mitrheder wahrnimt, als deren Factor ansehen [6]). Mit diesem Begriffe ist aber an sich wenig gewonnen, denn, da der Wirkungskreis des Factors gleich dem jedes andern Mandatars sich nach der ihm ertheilten Gewalt richtet [7]); so entsteht noch immer die weitere Frage, welchen Umfang denn die ihm gegebene Vollmacht habe. Zunächst muß nun hierüber die in dem einzelnen Falle getroffene Verabredung, die, wenn sie statt gefunden hat,

---

162, 166. Die Stellen, wo diese Rechte seiner in speciellen Beziehungen gedenken, sollen im Verfolge der Abhandlung an den betreffenden Orten angeführt werden.

[5]) Die Hauptstelle ist B. 2. Tit. 2. Art. 7—21; es ist aber außerdem noch in vielen andern Artikeln von ihm die Rede, namentlich II, 3 Art. 4, 5, 10, 18, 20, 28—30, 33, 34, 37, 46—48; II, 4. Art. 50, 52, 55, 56.

[6]) Preuß. Landr. II, 8. §. 1431. Weddekop ius nauticum lib. 3. tit. 4. §. 50. v. Martens Handelsrecht §. 155. Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 388. Mittermaier Lehrbuch d. d. Privatr. §. 488.

[7]) l. 5. §. 11; l. 11. §. 5. D. de institoria act. (14, 3.).

Digitized by Google

wohl schriftlich aufgesetzt oder in den Rhederbrief eingerückt wird[8]), entscheiden; und ist es die Sache des Dritten, sich um die Bestimmungen desselben zu bekümmern, wenn er sicher sein will, durch die mit dem correspondirenden Rheder eingegangenen Rechtsgeschäfte Ansprüche gegen die übrigen Rheder zu erwerben. Denn die Regel bei den Mandatsverhältnissen bringt es mit sich, daß der Mandatar den Mandanten nur alsdann verpflichtet, wenn er innerhalb der Gränzen des ihm gewordenen Auftrags gehandelt hat, und diese Regel erleidet bei der Anstellung eines Faktors nur insoweit eine Ausnahme, als schon aus der Bestellung selbst gewisse Befugnisse desselben hervorgehen, indem diese der Dritte als ertheilt ansehen kann, wenn der Prinzipal nicht gehörig bekannt gemacht hat, daß sie diesem Disponenten nicht ertheilt sein sollen[9]). Daraus aber, daß die Rheder Einen aus ihrer Mitte zum Correspondenten oder Buchführer bestellen, folgt noch nicht, daß ihm nun auch die Direction in allen Arten von Schiffsangelegenheiten übertragen sein müsse; da hiezu durchaus nicht die gleiche Nothwendigkeit, wie bei dem Schiffer im Auslande vorhanden ist, sondern die Rhederei es sich sehr gut vorbehalten kann, gewisse Geschäfte selbst in ihrer Gesamtheit vornehmen zu wollen.

§. 3.

Ist nun aber im Rhedercontracte über die Befugnisse des correspondirenden Rhebers nichts bestimmt, und demselben eine besondere Vollmacht nicht ertheilt, sondern be-

---

[8]) Vgl. Jacobsen Seerecht d. Friedens u. d. Krieges S. 53, 54

[9]) l. 11. §. 2—4, 6. D. de institor. act. (14, 3.). Preuß. Landr. II, 8. §. 501, 502, 506, 508, 511.

Digitized by Google

steht der Akt seiner Bevollmächtigung, wie dieses mehrentheils der Fall ist, lediglich in der Uebertragung der Direction des Schiffes, so kann die Gewalt desselben da, wo es an positiven Gesetzen fehlt, nur aus Veranlassung und Zweck der Einrichtung, so wie aus demjenigen, was die gewöhnliche Meinung einer solchen Bestellung mit sich bringt, entnommen, und können hiebei andere Seerechte insoweit allerdings mit benutzt werden, als sie ein Zeugniß für die allgemeine kaufmännische Ansicht der Sache enthalten. Hievon ausgegangen, so läßt sich auf der einen Seite mit völliger Bestimmtheit annehmen, daß der correspondirende Rheder ohne specielle Autorisation der übrigen Rheder keine Macht habe, das Schiff zu veräußern. Denn, wo das Verkaufen nicht im Wesen des Auftrages liegt, wie bei dem einem Laden vorgesetzten Factor rücksichtlich der Waaren der Fall ist, da ist dazu schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen stets ein besonderer Auftrag erforderlich, insofern nicht Sachen in Frage stehen, die bei einem Aufbehalten zu Grunde gehen würden [10]). Da nun das Gewerbe des Rheders nicht im Verkaufen und Wiederankaufen von Schiffsparten, sondern in der Benutzung der erworbenen zum Frachtverdienst besteht, so kann es auch nicht als in den Befugnissen des Schiffsdirectors liegend angesehen werden, daß er die Parte seiner Mitrheder zum Verkauf bringe, denn dieses würde den Zwecken der Rhederei geradezu widersprechen. Ja selbst da, wo der Schiffer diese Macht hat, wenn das Schiff ein irreparables Wrack geworden ist, muß

---

[10]) l. 1. §. 1. D. de officio procurat. Caesaris (1, 19.). l. 63. D. de procurator. (3, 3.). coll. l. 9. §. 4. D. de acq. rer. dominio. (41, 1.).

Digitized by Google

sie dem Schiffsdirector abgesprochen werden; denn der Schiffer darf selbst in einem solchen Falle nur im Auslande, wo er bei seinen Rhedern nicht anfragen kann, zum Verkauf schreiten; bei Jenem aber, der sich mit den übrigen Schiffsfreunden an demselben Orte befindet, tritt nicht die gleiche Nothwendigkeit eines eigenmächtigen Handelns ein. Aus ähnlichen Gründen muß man ihm denn auch die Befugniß absprechen, die Schiffsparte seiner Mitrheder ohne ihren besonderen Auftrag versichern zu lassen, denn einentheils ist die Versicherung des Casco zur Betreibung der Rhederei nicht nothwendig, und anderntheils, so ist es keinesweges allgemein üblich, eine solche Versicherung zu nehmen, vielmehr laufen viele Rheder, um nicht ihren Frachtverdienst durch Assecuranzprämien zu schmälern, in gewöhnlichen Fällen bei ihren Schiffsparten das Risiko selbst, und es ist daher gar nicht mit Sicherheit anzunehmen, daß der Director durch die Besorgung einer solchen Assecuranz in ihrem Sinne handeln würde [11]).

---

[11]) „Ohne ausdrücklichen Auftrag von allen Mitrhedern ist er unbefugt, das Schiff versichern zu lassen," verordnet d. niederl. Handelsgesetzb. II, 2. Art. 16. Vgl. Jacobsen a. a. O. S. 53. Abbott l. c. pag. 97. Pardessus cours de droit commercial Tom. 3. pag. 45, coll. 323. — Nur dazu autorisirt, ja verpflichtet ihn sogar das niederl. Recht II, 2. Art. 17, solche Reparaturkosten, welche während der Reise gemacht werden müssen, und die Fracht, welche das Schiff auf der Reise verdienen kann, versichern zu lassen; beides sehr zweckmäßig, indem Ersteres dazu dient, die Rheder gegen einen für ihr übriges Vermögen zu besorgenden Nachtheil (Vgl. Abhdl. 23 §. 23). sicher zu stellen, Letzteres aber, ihnen den gehofften Frachtverdienst zu garantiren.

Digitized by Google

§. 4.

Auf der andern Seite liegt es aber sonder Zweifel in den Befugnissen des dirigirenden Rheders, die Beschlüsse der Rhederei in den Angelegenheiten des Schiffes zur Ausführung zu bringen. Denn gerade die Unmöglichkeit, oder doch wenigstens die große damit verknüpfte Schwierigkeit, wenn alle Rheder an der Ausführung der gemeinsamen Beschlüsse Theil nehmen wollten, ist die erste Veranlassung zur Ernennung von Deputirten der Rhederei geworden [12]); und der Begriff einer Direction bringt es schon mit sich, daß der Director wenigstens das ausführe, was alle Interessenten beschlossen haben. Ausdrücklich legt ihm daher das ältere preußische Seerecht die Besorgung aller Schiffsangelegenheiten bei [13]); so wie das russische Seerecht „alle Direction und Anordnungen in Absicht des Schiffes oder Fahrzeuges [14]);" und ertheilt das niederländische Recht ihm „die vollkommene Verfügung über Alles, was .... zur Ausrüstung des Schiffes, Versehung mit Lebensmitteln, oder zum Beladen erfordert wird [15])." Aus gleichen Gründen ist daher auch der dirigirende Rheder derjenige, welcher dem Schiffer unmittelbar die Instructionen und Anweisungen ertheilt, und dem dieser Folge zu leisten hat. Am bestimm-

---

[12]) S. oben Not. 1. u. 2.

[13]) Preuß. Seer. v. J. 1727. II. Art. 2.

[14]) Russ. Seer. VIII, §. 161. coll. 162. Deshalb bewahrt er denn auch das eine Exemplar des schriftlichen Heuercontractes auf, den nach diesem Rechte der Schiffer mit dem Volke abschließen muß. II, Art. 24.

[15]) Niederl. Handelsgesetzb. II, 2. Art. 11. coll. Art. 8; u. 3. Art. 4, 10.

Digitized by Google

testen hebt dieses das preußische Recht in der Vorschrift heraus, daß, wenn die Bestellung eines solchen Schiffsdirectors von sämtlichen Rhedern dem Schiffer bekannt gemacht worden ist, dieser schuldig sein soll, den Verfügungen desselben allein und keines andern Rheders Folge zu leisten, so lange, bis sämtliche Rheder ihm andere gemessene Anweisungen ertheilen[16]). Hiermit, wie darauf auch die Benennung des correspondirenden Rheders hinweist, hängt es denn ferner zusammen, daß der Schiffer von auswärts her seine Berichte an ihn zu richten und von ihm die Anweisungen über sein Verfahren einzuholen hat[17]). Endlich ist er denn auch der Buchführer der Rhederei, er bestreitet die Auslagen und fordert die Beiträge hiezu von den Einzelnen[18]), er besorgt dem Schiffer die Creditbriefe, wo er nach dem Gesetze oder nach der Uebereinkunft der Rhederei damit versehen werden muß[19]); auf ihn trassirt der Schiffer, wenn er im Auslande Geld bedurft hat, und befugt war, solches mittelst Wechsel auf seine Rheder zu entnehmen[20]), an ihn hat endlich der Schiffer Rechnung zu stellen und den Ueberschuß des Verdienstes auszukehren[21]), so wie auch andere

[16]) Preuß. Landr. II, 8. §. 1432; vgl. mit d. preuß. Seer. v. J. 1727. II, Art. 12. Vgl. d. russ. Seer. VIII. §. 162. nr. 2.

[17]) Russ. Seer. VIII, §. 162. nr. 3. Niederl. HGes.B. II, 2. Art. 18; 3. Art. 5, 18, 20, 28, 33, 34. Jacobsen a. a. O. S. 53.

[18]) Niederl. Handelsr. II, 2. Art. 20.

[19]) Russ. Seer. VIII. §. 162. nr. 5.

[20]) Niederl. Handelsr. II, 3. Art. 30.

[21]) Preuß. Seer. v. J. 1727. II, Art. 2; III, Art. 37. Preuß. Land. II, 8. §. 1519. Russ. Seer. VIII, §. 162. nr. 6. coll. §. 166. Niederl. Handelsr. II, 3. Art. 46 — 48.

Digitized by Google

Schuldner des Schiffes ihm wirksam Zahlung leisten und von ihm zur Zahlung angehalten, und umgekehrt Forderungen an das Schiff gegen ihn liquidirt werden können[22]), und er demnächst nur den Gewinn an die Rheder zu vertheilen und auszukehren hat. Seine Verbindlichkeit zur Rechnungsablage an diese[23]), so wie zur Ertheilung jeder von denselben über die Angelegenheiten des Schiffes verlangten Auskunft[24]), sind denn nur nothwendige Folgerungen, die aus seiner obgedachten ganzen Stellung hervor gehen.

§. 5.

Schwieriger wird die Frage nach den Befugnissen des Schiffsdirectors, wenn nicht die Ausführung allgemeinerer oder speciellerer von der Rhederei selbst gefaßter Beschlüsse, sondern das in Frage steht, inwieweit der Director in den Angelegenheiten des Schiffes selbstständige Anordnungen zu treffen befugt ist? — Wäre z. B. die Befrachtung des Schiffes nach einem gewissen Platze von der gesamten Rhederei beschlossen, so würde es ihm, als bloß zur Ausführung dieses Beschlusses gehörig, ohne Zweifel zustehen, die Chartepartie oder die sonstigen Contracte mit den einzelnen Befrachtern abzuschließen; allein würde es ihm auch gebühren, ohne vorherige Anfrage bei seinen Constituenten selbst die Bestimmung des Schiffes zu wählen? — Wären fer-

[22]) Der Buchhalter vertritt nach dem niederl. Handelsr. II, 2. Art. 8. die Rhederei in und außer Gericht; und liquidirt namentlich nach beendigter Reise mit der Mannschaft II, 4. Art. 50, 52.

[23]) Preuß. Seer. v. J. 1727. II, Art. 2. Russ. Seer. VIII. §. 162. nr. 7. Niederl. Handelsr. II, 2. Art. 19—21. Jacobsen a. a. O. S. 54.

[24]) Niederl. Handelsr. II. 2. Art. 18.

Digitized by Google

ner in Havariefällen die Schiffsfreunde darüber einig geworden, daß das Schiff reparirt werden solle, so würde es seines Amtes sein, deshalb das Erforderliche anzuordnen, mit den Handwerkern zu contrahiren, und das dazu Benöthigte einzukaufen; aber steht es auch in seiner Macht, ohne Weiteres eine Reparatur vornehmen zu lassen, welche Jene nicht zuvor gebilligt haben? — Hätten endlich sämtliche Schiffeigner ihn autorisirt, für die Bedürfnisse des Schiffes, z. B. im Auslande ihren persönlichen oder den Realcredit des Schiffes zu benutzen, so würde er mit Rechtsbestande ein gewöhnliches Darlehn für das Schiff oder eine Bodmerei auf dasselbe bei dem von ihm ausgewählten Gläubiger aufnehmen können; aber würde er dieses auch ohne besondere Vollmacht der übrigen Rheder dürfen? — Die Antwort auf alle diese und ähnliche Fragen scheint auf eine zwiefache Weise möglich, je nachdem man sich die Stellung des correspondirenden Rheders so oder anders denkt.

§. 6.

Die eine Ansicht, welche sich hievon fassen ließe, wäre die, daß man annähme, es habe, so wie nach gemeinem Rechte in der Person des Schiffers, so jetzt, wo man dem Schiffer eine so ausgedehnte Macht auch am Wohnorte der Rheder zu übertragen Anstand findet, in der Person des Schiffsdirectors ein mit voller Gewalt bekleideter Stellvertreter der Eigner des Schiffes bestellt werden sollen. Hienach würde demselben auch da, wo die übrigen Rheder anwesend sind, die Befugniß zu allen denjenigen Handlungen zustehen, welche das gemeine Recht, ohne zwischen dem Falle der Anwesenheit und der Abwesenheit der Rheder zu unterscheiden, dem Schiffer einräumt, und welche

Digitized by Google

direct oder indirect die Betreibung des Frachtverdienstes mit dem Schiffe zum Gegenstande haben. Sonach würde es ihm auch ohne besondere Vollmacht gebühren, den Schiffer anzunehmen und zu entlassen, das Schiff zum Transporte von Waaren oder von Passagieren zu vermiethen, die zur Schifffahrt erforderlichen Gegenstände anzukaufen, Reparaturen anzuordnen oder zu bezahlen, sofern nur überhaupt die Beschädigungen des Schiffes von der Art sind, daß man vernünftiger Weise eine Ausbesserung desselben unternehmen konnte, und endlich auch zu allen solchen Dingen erforderlichen Falles das benöthigte Geld in den nach dem betreffenden Seerechte gestatteten Formen anzuleihen[25]; oder auch den Schiffer hiezu zu instruiren und zu autorisiren? Für diese Ansicht der Sache läßt sich ein doppelter Grund geltend machen. Zuvörderst nämlich scheint hiefür die Veranlassung der ganzen Einrichtung zu sprechen, welche gerade dadurch herbei geführt worden ist, daß die am Wohnorte der Rheder in der Vollmacht des Schiffers eintretenden Beschränkungen ein eigenes Handeln der Ersteren nothwendig gemacht haben; und deren Sinn daher gar füglich darin gesetzt werden könnte, daß das dem Schiffer für solchen Fall Entzogene auf den eigenen, mit der Direction nach freier Wahl beauftragten Mitinteressenten übertragen sein solle. Sodann aber scheint gerade diese Ansicht in mehreren Seerechten, namentlich im preußischen und in dem russischen, so wie wenigstens zum Theil auch im niederländischen, die doch wohl keine willkührliche Bestimmungen treffen,

---

[25]) l. arg. l. 1. §. 3, 7, 8. coll. l. 7. D. de exercitor. act. (14, 1.). Vgl. Abhdl. 23. §. 3.

Digitized by Google

sondern vielmehr nur die kaufmännische Ansicht der Sache aussprechen wollten, bestimmt und deutlich erklärt zu sein.

§. 7.

Was hier zuvörderst die preußischen Gesetze anbetrifft, so heißt es schon in dem älteren Seerechte: „Wenn Jemandem die Direction des Schiffes von den Rhedern aufgetragen worden, ist derselbe befugt, alle Schiffsangelegenheiten zu besorgen[26];" und im Landrechte werden ihm „alle Rechte eines Handlungsfactors oder Disponenten" beigelegt[27]; über die Befugnisse des Letzteren aber wird das Prinzip aufgestellt; „sein Auftrag erstrecke sich über alle Arten der Geschäfte, welche bei der ihm übertragenen Handlung vorfallen," und „solle die Macht des Disponenten in besonderen Fällen eingeschränkt sein, so müsse dieses in der Procura bestimmt, und mit derselben gehörigen Orts bekannt gemacht werden[28]." Bei der Verwaltung der Schiffsangelegenheiten fallen aber alle oben erwähnte Geschäfte, als die Bestellung eines Schiffers, die Abschließung von Frachtcontracten, die Anordnung von Reparaturen, und die Benutzung des von den Handwerkern gestatteten Credits, oder die Aufnahme des hiezu erforderlichen Geldes vor. Ferner stellt das russische Seerecht nicht nur den Grundsatz auf, daß dem Correspondenten „alle Direction und Anordnungen in Absicht des Schiffes oder Fahrzeuges überlassen werden sollen," sondern es verpflichtet ihn noch insonderheit, „dahin zu sehen, daß das

[26]) Preuß. Seer. v. J. 1727. II, Art. 2.

[27]) Preuß. Landr. II, 8. §. 1431.

[28]) ebendas. §. 501, 2.

Digitized by Google

Schiff oder Fahrzeug nicht ungebraucht still liege," und daß es in fremden Städten oder Ländern gehörig verfrachtet werde, so wie daß der Schiffer dort den erforderlichen Credit finde[29]); lauter Vorschriften, die auf einen gleichen Umfang seiner Befugnisse, wie nach dem preußischen Rechte hinzuführen scheinen. Selbst das niederländische Handelsgesetzbuch, welches im Einzelnen die Befugnisse des correspondirenden Rheders bedeutenden Einschränkungen unterwirft, sanctionirt doch den allgemeinen Grundsatz, daß er die ganze Rhederei repräsentire und sowohl in als außer Gericht für dieselbe handeln dürfe, insoweit diese Macht nicht durch das Gesetzbuch selbst oder durch ausdrückliche Bedingungen in dem Rhederbriefe beschränkt sei. Auch giebt es ihm dabei noch namentlich die Gewalt, den Schiffer zu bestellen und zu entlassen, und über Alles zu verfügen, was zur Unterhaltung des Schiffes erforderlich ist[30a]).

§. 8.

Diese Ansicht scheint denn auch endlich zu einem ganz angemessenen Resultate zu führen, indem alle Verträge in Betreff des Schiffes mit dritten Personen entweder vom Buchführer oder unter dessen Autorität vom Schiffer geschlossen, die übrigen Rheder aber hiebei gar nicht weiter zugezogen werden, so daß es den Dritten, obwohl sie die Existenz der Letzteren wenigstens im Allgemeinen kennen oder doch voraussetzen, und keineswegs allein auf den persönlichen Credit des Buchführers bauen, doch an einer passenden Gelegenheit fehlt, sich von dem Einverstandensein der übrigen Rheder mit solchen an sich nicht unzweckmäßi-

[29]) Ruff. Seer. VIII. §. 161. coll. §. 162. nr. 1, 4, 5.

[30a]) Niederl. Handelsr. II, 2. Art. 8, 9, 11.

Digitized by Google

gen Verträgen und Anordnungen zu vergewissern, wenn sie nicht dem Buchführer durch das Verlangen nach einer besonderen Vollmacht ein beleidigendes Mistrauen zu erkennen geben, und sich dadurch dem Verluste ihrer Kundschaft aussetzen wollen. Ueberlassen nun aber die übrigen Rheder ihrem Correspondenten alle solche Anordnungen und Contracte, und nehmen sie dabei für das Wort desselben Glauben und Vertrauen in Anspruch, so müssen, wie es scheint, auch sie es tragen, und nicht die ganz unschuldigen Dritten, wenn Jener bei seinen Anordnungen gegen die Meinung und Absicht seiner Constituenten gehandelt haben sollte; und das um so mehr, da sie sich mit ihm an demselben Orte befinden, und, wenn sie sich irgend um die Angelegenheiten des Schiffes bekümmern, ihn leicht controliren und Misbräuchen seiner Gewalt zeitig vorbauen können. Freilich möchten die Schiffsrheder hiewider einwenden, daß jenes Prinzip ihr Interesse sehr gefährden, und sie in Verpflichtungen verwickeln könne, worin verwickelt zu werden sie bei Bestellung des Buchführers gar nicht erwarteten; allein gerade da, wo das Interesse des Handelsstandes dem anderer Stände gegenüber steht, vernimt man nicht selten solche Argumentationen der Politik, auf welche doch eine ernste, unparteiische Gerechtigkeitspflege keine Rücksicht nehmen kann, sondern dann das collidirende Interesse der Gegner um so sorgfältiger in Erwägung ziehen muß, als diese bei weitem weniger Gelegenheit haben, dasselbe bei der Gesetzgebung und in den Gerichten gehörig geltend zu machen. Ist daher das bisher erörterte Prinzip juristisch das richtige, so darf auch die eben angeregte Besorgniß nicht abhalten, es in der Anwendung strenge durchzuführen.

Digitized by Google

§. 9.

Die zweite mögliche Ansicht der Sache ist aber die, daß der Hauptzweck, weshalb die Rhederei einen correspondirenden Rheder anstellt, darin bestehe, den Geschäftsgang zu vereinfachen und Jemanden zu haben, der für ihr Interesse wachsam sei, keineswegs aber demselben dieses ihr Interesse zur freien Disposition anheim zu stellen. Legt man diese Ansicht zum Grunde, so hat zwar der Schiffsdirector außer dem, was zur Vollziehung der von den gesamten Schiffsfreunden gefaßten Beschlüsse gehört, auch noch die Aufsicht über die Schiffer und die Angelegenheiten des Schiffes, so wie die Sorge für eine möglichst vortheilhafte Benutzung desselben, und außerdem auch die Befugniß alles dasjenige vorzunehmen, was zu den laufenden Geschäften gehört, und was, wenn die übrigen Rheder deshalb befragt würden, von ihnen ohne Anstand gut geheißen werden würde oder doch gut geheißen werden müßte. Allein so wie eine wichtigere und zweifelhaftere Angelegenheit in Frage stände, so würde es ihm obliegen, die übrigen Rheder zusammen zu rufen, und einen gemeinsamen Beschluß derselben zu veranlassen. Und diese Meinung verdient entschieden den Vorzug.

§. 10.

Denn es ist nicht nur eine allgemeine Rechtsregel, daß ein Generalbevollmächtigter im Zweifel auf die laufenden Geschäfte beschränkt ist [50b], sondern es führt auch die Veranlassung der ganzen Einrichtung, die Unmöglichkeit, daß die dem Schiffer nicht überlassenen Schiffsangelegenheiten von sämtlichen Rhedern zusammen besorgt werden können,

[50b] Schweppe röm. Privatr. §. 489.

Digitized by Google

nur dahin, daß unter den mehreren Theilnehmern Einer da sein muß, welcher die kleineren Geschäfte, z. B. solche Reparaturen besorgt, von denen es gar nicht zweifelhaft sein kann, daß sie gemacht werden sollen, und welcher die wichtigeren Angelegenheiten theils zum Beschlusse vorbereitet und solchen veranlaßt, theils dieselben, wenn sie beschlossen sind, ausführt. Allein, daß auch in diesen wichtigeren Dingen der Eine allein beschließe und eigenmächtig verfahre, das liegt nicht in der Natur der Sache, insofern nicht etwa im einzelnen Falle Gefahr auf dem Verzuge haftet; vielmehr macht die Wichtigkeit der Schiffsangelegenheiten, und die Gefahr, daß durch die dabei eingeleiteten Proceduren auch das übrige Vermögen der Rheder neuen bedeutenden Verpflichtungen unterworfen werde, es sehr natürlich anzunehmen, daß in solchen Fällen die Rheder sich lieber der kleinen Unbequemlichkeit einer Zusammenkunft unterziehen, als sich dem Risiko aussetzen wollen, durch die Maaßregeln ihres Buchführers in bedeutenden Schaden versetzt zu werden. Für diese Ansicht spricht es denn auch ferner, daß das Rhedereigewerbe von Vielen, die es betreiben, als ein gewagtes Geschäft, wozu sie ein bestimmtes im Schiffe steckendes Kapital ausgesetzt haben, angesehen wird, und sie es daher, wenn neue Verwendungen für eine fortgesetzte Benutzung des Schiffes nothwendig werden, zuvor in besondere Ueberlegung zu ziehen pflegen, ob sie abermals eine Summe daran wagen, oder nicht lieber sich ihrer Rechte am Schiffe entäußern wollen. Ist namentlich das Bedürfniß einer Hauptreparatur vorhanden, so kommt es sehr in Frage, ob man nicht lieber das Wrack verkaufen soll, wie dieses in solchem Falle häufig zu geschehen pflegt. Von ähnlicher Wichtigkeit sind die Fragen, ob man den Schiffer absetzen,

Digitized by Google

in schweren Havariefällen dieses oder jenes Verfahren beobachten, einen Reclameprozeß anstellen, das benöthigte Geld zusammenschießen, oder es auf den persönlichen Credit der Rhederei anleihen, oder darüber einen Bodmereibrief zeichnen soll; und man darf mit Sicherheit annehmen, daß die Schiffsfreunde in allen Fällen von solcher Wichtigkeit es erwarten werden, daß ihr Buchführer nicht eigenmächtig handle, sondern zuvor mit ihnen die erforderliche Rücksprache nehme. Nach der muthmaßlichen Meinung des Constituenten muß aber im Zweifel der Umfang der von ihm dem Geschäftsführer ertheilten Gewalt abgemessen werden, und der Dritte, welcher sich mit dem Letzteren in Geschäfte einläßt, von denen es ihm selbst bedenklich sein muß, ob sie auch im Sinne des Prinzipals sind, muß, wenn er sich der Zustimmung desselben nicht vergewissert, es sich selbst zuschreiben, wenn dieser das Geschäft hinterdrein disapprobirt, und ihn mit seinen Ansprüchen aus demselben lediglich an den seine Vollmacht überschreitenden Geschäftsführer verweist.

§. 11.

Dieser Ansicht stehen denn auch die oben §. 7. angeführten Seerechte nur scheinbar entgegen, in der That aber dienen sie derselben zur Unterstützung. Selbst das preußische Recht, welches der zuerst entwickelten Theorie am entschiedensten das Wort zu reden scheint, indem es den dirigirenden Rheder dem Factor gleich stellt, und diesem alle Arten der Geschäfte zuweist, welche bei der ihm übertragenen Handlung vorfallen, insofern nicht Einschränkungen derselben öffentlich bekannt gemacht sind, verordnet doch zugleich, daß „Einschränkungen, die sich aus der Natur des Auftrages von selbst ergeben, keiner ausdrücklichen

Digitized by Google

Bekanntmachung bedürfen [51]).“ Wird daher, wie daran kaum zu zweifeln ist, auch in den preußischen Seehäfen die Ansicht gehegt, daß der Buchführer nur für die laufenden Geschäfte angestellt sei, bei den wichtigern aber sich zuvor mit seinen Constituenten benehmen müsse, so ist dieses Letztere eine sich aus der Natur des ihm ertheilten Auftrages, d. h. aus der dabei allgemein gehegten Absicht hervorgehende Einschränkung, die eben so beachtet werden muß, als wenn sie dem Auftrage ausdrücklich beigefügt und mit demselben öffentlich bekannt gemacht wäre. — Im russischen Rechte ist zwar, wie oben erwähnt, im Allgemeinen gesagt, daß dem Correspondenten alle Direction und Anordnungen in Betreff des Schiffes überlassen werden sollen; allein in dem folgenden Artikel, wo die Gegenstände seiner Thätigkeit speciell aufgezählt sind, werden nur lauter Dinge genannt, die zur Direction im eigentlichen engeren Sinne des Worts gehören, aber keins der oben als für die gemeinschaftliche Berathung und Beschlußnahme der Rheder gehörig bezeichneten Geschäfte [52]). Soviel namentlich die Ansetzung eines Schiffers betrifft, so ist vielmehr in einem andern Artikel ausdrücklich verordnet, daß die sämtlichen Rheder ihn nach gemeinschaftlicher Uebereinkunft annehmen sollen, und wird als Grund dieser Vorschrift angeführt, weil der etwa von demselben angerichtete Schaden in subsidium von ihnen bezahlt werden müsse [53]). Auf gleiche Weise soll eine Vereinbarung der Interessenten statt finden, wenn eine

---

[51]) Preuß. Landr. II, 8. §. 512.

[52]) Russ. Seer. VIII, §. 162.

[53]) ebendas. §. 165.

Digitized by Google

Reparatur des Schiffes nothwendig wird, und im Falle diese die Hälfte der Erbauungs- oder Ankaufs-Kosten oder noch mehr beträgt, und der Beschluß der Mehrheit dahin geht, daß die Ausbesserung unternommen werden soll, der Einzelne wider seinen Willen nicht genöthigt sein, in der Gemeinschaft zu bleiben, sondern von den Uebrigen die Abnahme seines Parts verlangen können [34]). Beide Vorschriften können auch nicht etwa auf den Fall bezogen werden, wo kein dirigirender Rheder bestellt ist, denn das russische Seerecht macht die Bestellung desselben der Rhederei zur Pflicht, und setzt daher natürlich bei seinen einzelnen Bestimmungen dieses als geschehen voraus. Es kann aber sowohl nach der Analogie dieser speciellen Bestimmungen, als nach der allgemeinen Characterisirung des Geschäftskreises des Schiffsdirectors keinem Bedenken unterliegen, daß auch alle übrigen wichtigeren Angelegenheiten des Schiffes von der Gesamtheit der Rheder berathen und darin von ihnen ein Beschluß gefaßt werden muß.

§. 12.

Ganz besonders wichtig ist aber in dieser Hinsicht das neue niederländische Handelsgesetzbuch. Zwar ertheilt dieses, wie bereits erwähnt, dem Buchführer die Macht, den Schiffer nach Gutdünken zu bestellen und zu entlassen, was vielleicht in eigenthümlichen Verhältnissen der dortigen Schifffahrt seinen Grund haben mag; allein dagegen enthält es die bestimmten Vorschriften, daß er zur Unternehmung einer neuen Reise oder zu einer Verfrachtung die Einwilligung der Mehrheit haben muß [35]), und daß er ohne

[34]) ebendas. §. 159.

[35]) Niederl. Handelsr. II, 2. Art. 11.

besonderen Auftrag der Rhederei keine Reparaturen veranstalten oder andere Kosten aufwenden darf, wofür die Rheder persönlich verpflichtet würden, und dieses selbst dann nicht, wenn allgemeine Ausdrücke im Rhederbriefe Veranlassung geben sollten, das Gegentheil zu glauben[36]). Hält man namentlich diese letztere Verfügung mit der bereits oben gedachten anderen zusammen, daß der Buchhalter eine freie Disposition über Alles habe, was zur Unterhaltung, Ausrüstung, Verproviantirung oder Beladung des Schiffes gehört; so liegt darin die Idee sehr deutlich ausgesprochen, daß zwar die laufenden Geschäfte und Auslagen von dem Buchführer kraft seines Amtes vorgenommen werden dürfen, alles Andere aber, wenn es die Rheder nicht bloß rücksichtlich des Schiffes, sondern auch für ihr übriges Vermögen verpflichten soll, in Uebereinstimmung mit denselben geschehen müsse. Auf ähnliche Weise versichert Jacobsen, in Dänemark, wo es in diesem Stücke an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, werde gewöhnlich zwischen den mehreren Eigenthümern des Schiffes ein schriftlicher Rhedercontract abgeschlossen, „und darin mehrentheils einem der Mitrheder die Direction des Schiffes, der Abschluß der Frachten, die Eincassirung derselben, die Correspondenz mit dem Schiffer, zuweilen auch die Assecuranzbesorgung des Ganzen (gewöhnlich aber versichere jeder Rheder separat), die Bestimmung der Fahrten, auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit überlassen; jedoch so, daß er sich verpflichte bei jeder wichtigern Veranlassung, z. B. bei Havariefällen, Absetzung des Captains u. s. w. die Rhederei zusammen

[36]) ebendas. Art. 16. Vgl. Note 15.

Digitized by Google

zu rufen, und daß sodann die Mehrheit der Stimmen entscheiden solle[37])."

§. 13.

Auch in den freien Hansestädten ist diese Ansicht um so mehr zu befolgen, als in deren Rechten den von den Rhedern ernannten Deputirten nur die Macht beigelegt ist, die zuvor von Jenen gefaßten Beschlüsse zur Ausführung zu bringen[38]). Zwar gab es damals noch keine beständigen Directoren, sondern solche wurden nur bestellt, so wie eine einzelne Schiffsangelegenheit ihre Bestellung nothwendig machte, und man könnte daher geneigt sein, das den jetzigen ständigen Directoren ertheilte Mandat als ohne Weiteres auf alle diejenigen Geschäfte erstreckt anzusehen, für welche früher besondere Deputirte angeordnet zu werden pflegten; allein diese Auslegung würde doch immer nur dahin führen, daß sie in allen jenen Angelegenheiten auch ohne specielle Autorisation der übrigen Rheder sämtliche von diesen gefaßte Beschlüsse ausführen dürften, aber nicht dahin, daß sie auch bei der Beschlußnahme deren Stelle zu vertreten befugt geachtet werden könnten. Daher ist es denn auch in den Hansestädten im practischen Leben ganz gewöhnlich, daß, wenn die Benutzung des Schiffes zu einer neuen Unternehmung, eine bedeutende Reparatur an demselben, das Anleihen von Geld für die Bedürfnisse desselben, ein nicht unerheblicher Havariefall, oder sonst eine wichtige Angelegenheit des Schiffes in Frage steht, der correspondirende Rheder die Schiffsfreunde zusammen beruft, und einen gemeinsamen Beschluß derselben veranlaßt, keinesweges aber,

---

37) Jacobsen a. a. O. S. 53. coll. 55.

38) S. oben Not. 1. u. 2.

Digitized by Google

daß er eigenmächtig die ihm sachdienlich scheinenden Maaßregeln ergreift; und es wird durchaus als eine auf besonderen Veranlassungen oder einem ungewöhnlichen Vertrauen beruhende Ausnahme angesehen, wenn einzelne Rhedereien ihrem Buchführer eine ausgedehntere Vollmacht einräumen. Da übrigens eine Vollmacht nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend ertheilt werden kann, und da eine nachfolgende Genehmigung einer Bevollmächtigung gleich geachtet wird, so muß es zur Verpflichtung der Rhederei oder einzelner Rheder durch ihren Correspondenten genügen, einentheils wenn sie, von dem Verfahren des Letzteren mit allen dasselbe begleitenden wesentlichen Umständen unterrichtet, dazu stille geschwiegen, und bei der Möglichkeit dem Einhalt zu thun, es doch haben geschehen lassen [39]), oder wenn sie die von demselben einseitig ergriffenen Maaßregeln hinterher ausdrücklich oder factisch gut heißen.

§. 14.

Hat übrigens der correspondirende Rheder auftragsgemäß gehandelt, oder ist die Ueberschreitung seiner Befugnisse durch eine nachherige Ratihabition von Seiten der Mitrheder wieder geheilt worden, so hat er ohne Zweifel gegen die Letzteren nach Maaßgabe ihrer Schiffsparten einen Anspruch auf theilweisen Ersatz der hiebei für das Schiff gemachten Auslagen, und auf theilweise Abnahme der für dasselbe eingegangenen Verbindlichkeiten; und dauert dieser Anspruch auch dann fort, wenn das Schiff etwa seitdem untergegangen oder vom Feinde genommen sein

[39]) arg. l. 1. §. 5. D. de exercitor. act. (14, 1.). l. 16. D. ad SCtum Macedon. (14, 6.). l. 18. D. mandati (17, 1.). l. 2. pr. D. ad municipalem (50, 1.).

sollte. Denn zwischen den übrigen Rhedern und dem Correspondenten besteht ein reines Mandatsverhältniß, und es ist ein unbezweifelter Grundsatz, daß der Mandant von der Verpflichtung, den Mandatar schadlos zu halten, durch den Untergang oder den Verlust der Sache, auf welche sich das Mandat bezogen hat, nicht befreiet wird. So wenig nun die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes in anderen Handelsverhältnissen, z. B. im Commissionshandel, wenn die von auswärts her committirten Waaren auf der Reise untergehen, bezweifelt wird, eben so wenig läßt sich auch seine Anwendbarkeit in dem Verhältnisse des correspondirenden Rhebers zu seinen Constituenten mit Grunde bezweifeln, indem nicht abzusehen ist, warum die Forderung des Ersteren gegen die Letzteren die Natur einer Bodmereiforderung haben sollte, da dieses weder verabredet noch ihm dafür eine Prämie versprochen worden ist. So viel uns bekannt, ist denn auch weder in den Gesetzen noch von den Schriftstellern die Behauptung aufgestellt, daß die Mitrheder dem Director für dessen rechtmäßige Auslagen (denn für pflichtwidrigen Aufwand würden sie ihm selbst salva nave nicht haften) nach dem Untergange des Schiffes nicht weiter gerecht zu werden brauchten [40]). Wohl aber wird der Grundsatz, daß die Rheder aus den Handlungen des Schiffers Dritten nur bis zum Belaufe des Schiffes und der Fracht haften, analog auch auf die vom correspondirenden Rheder gegen Dritte für das Schiff eingegangenen Verpflichtungen anwendbar erklärt. [41])

[40]) Die Note 1 u. 2 angeführten Rechte sagen vielmehr unbeschränkt, seine Auslagen sollten ihm gut gethan werden. Das Gleiche verordnet das niederl. Handelsr. II, 2. Art. 20. coll. 14.

[41]) Dahin scheint die Meinung von Wedderkop ius nauticum

§. 15.

So lange wir aber im Gebiete der erlaubter Maaßen, vermöge der ihm ertheilten Vollmacht, vom dirigirenden Rheder abgeschlossenen Verträge stehen, läßt sich dieser Meinung durchaus nicht beipflichten. Zuvörderst schon deshalb nicht, weil der Satz, dessen analoge Anwendung hier in Anspruch genommen wird, nach den darüber in der vorigen Abhandlung gegebenen Ausführungen, keineswegs in der behaupteten Allgemeinheit, sondern eigentlich nur bei Schulden aus unerlaubten und culposen Handlungen des Schiffers, bei reinen Vertragsschulden desselben aber nur insoweit richtig ist, als es ihm im betreffenden Seerechte nicht gestattet war, solche Schulden auf den persönlichen Credit seiner Rheder hin zu contrahiren. Wird nun aber dem Director die Reparatur oder Ausrüstung des Schiffes aufgetragen, so ist es sicher nicht die Meinung, daß, wenn er auch auf Credit arbeiten läßt oder ankauft, er dieses bloß auf den Boden des Schiffes nehmen soll. Es ist vielmehr eben so gut, als wenn seine Mandanten, die Rheder selbst, die Contracte geschlossen hätten, wo dann doch nie ein Abandon statt finden würde. Eben so erscheinen aber auch die Verpflichtungen, welche der Buchhalter aus eigenem Antriebe in den laufenden Geschäften eingeht, als im Auf-

---

lib. 3. §. 50, u. v. Martens im Handelsr. §. 155. zu gehen; doch können diese Schriftsteller auch dahin verstanden werden, daß sie bloß die solidarische Verpflichtung der mehreren Schiffsrheder ausschließen, keineswegs aber sagen wollen, daß dieselben durch den Abandon ihrer Schiffsparte frei kommen können. Aber als gerichtlicher Entscheidungsgrund ist der erwähnte Satz dem OAGerichte schon vorgekommen. S. unten §. 18.

Digitized by Google

trage der übrigen Rheder eingegangen, mithin für dieselben persönlich verpflichtend. Ferner liegt der Grund, weshalb die Seerechte die Verpflichtung der Rheder aus den Handlungen des Schiffers in der angegebenen Maaße einschränken, in der Nothwendigkeit, demselben ihr Interesse in entfernte Länder anzuvertrauen, wohin eine Controle ihm nicht folgen kann; und dieser Grund trifft bei dem anwesenden, keineswegs nach einer Nothwendigkeit, sondern nach freier Willkühr bestellten Schiffsdirector nicht zu. Endlich so würde ja dem Dritten immer eine Klage gegen den correspondirenden Rheder, und diesem wieder der Regreß gegen seine Mitrheder bleiben; und es wäre mithin für die Letzteren nichts dabei gewonnen, wenn man das Klagerecht des Dritten gegen sie der angegebenen Beschränkung unterwerfen wollte. Die übrigen Seerechte erwähnen daher auch der Möglichkeit des Abandons zur Befreiung von den durch den Director contrahirten Verbindlichkeiten überall nicht, und das niederländische Handelsgesetzbuch verordnet sogar ausdrücklich, daß insofern er nur innerhalb der Gränzen seiner Befugnisse gehandelt hat, die Mitrheder durch seine Handlungen persönlich verpflichtet werden [42]). Es scheint daher beinahe, als müsse die ganze Meinung, daß hier ein Abandon zulässig sei, auf solche Fälle bezogen werden, wo der correspondirende Rheder seine Vollmacht überschritten oder sich bei seiner Geschäftsführung gegen den Dritten Versehen hat zu Schulden kommen lassen.

§. 16.

In Fällen dieser Art erklärt der niederländische Handelscodex die übrigen Rheder zwar für eben so verpflichtet,

---

[42]) Niederl. Handelsr. II, 2. Art. 13, 15. coll. 3.

Digitized by Google

als wenn der Schiffer der Handelnde gewesen wäre, er läßt aber diese Verantwortlichkeit auf dieselbe Weise, wie bei dem Schiffer, durch die Abtretung der Schiffsparte und der Fracht endigen [43]). Zweckmäßig erscheint diese Vorschrift in mehrfacher Hinsicht, aber nach dem bei uns geltenden Rechte läßt sich in der Maaße zu derselben nicht gelangen. Denn, wenn der Mandatar sich bei der Ausführung des ihm gewordenen Auftrages Versehen zu Schulden kommen läßt, welche der Mandant zu vertreten hat, so kann Letzterer sich von den dadurch begründeten Verbindlichkeiten durch die Aufgabe seiner Rechte nicht befreien, insofern ihm solche Begünstigung nicht durch ein bestimmtes Gesetz oder durch ein entschiedenes Herkommen ertheilt worden ist. An einem Gesetze fehlt es aber um so mehr, da die bei dem Schiffer deshalb bestehenden Vorschriften als singuläres Recht auf den correspondirenden Rheder keine analoge Anwendung leiden, auch es gezeigter Maaßen hiezu an dem wesentlichen Erfordernisse der Analogie, der Gleichheit des Grundes fehlt. Ein entschiedenes desfallsiges Herkommen aber wird schwerlich irgendwo bestehen, und müßte jedenfalls für den Handelsplatz, für welchen es behauptet wird, erst nachgewiesen werden. Was ferner die Ueberschreitungen des Auftrages anbetrifft, so ist die Regel dabei vielmehr die, daß, wenn der Mandatar seinen Auftrag überschreitet, er deshalb überall keinen Anspruch an den Prinzipal machen kann, und, da nun die Klage des Dritten gegen den Letzteren nur eine aus der Person des Mandatars, mit dem er contrahirte, abgeleitete ist [44]), mit-

[43]) Ebendas. Art. 13, 15. coll. 4.

[44]) l. 1. §. 24. D. de exercit. act. (14, 1.). l. 10. §. 5. D.

hin, insofern nicht die besonderen Grundsätze der actio exercitoria zur Anwendung kommen, nur insoweit statt findet, als sie dem Mandatar selbst gegen den Mandanten zugestanden haben würde, so folgt daraus, daß nach unserm gemeinen Rechte der Dritte, welcher mit dem Correspondenten der Rhederei ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, zu dessen Abschlusse dieser kraft seiner Vollmacht nicht autorisirt war, daraus an sich überall keine Ansprüche an die übrigen Rheder, sondern nur an seinen unmittelbaren Contrahenten selbst machen kann [45]), und es folgt daraus ferner, daß zur Beseitigung dieser Ansprüche, von Seiten der Rheder eine Aufgabe ihrer Rechte am Schiffe und auf die Fracht gar nicht erforderlich ist.

§. 17.

Auch läßt sich nicht etwa einwenden, daß insofern die von dem Dritten auf Verlangen des Schiffsdirectors hergeliehenen Gelder, Materialien oder Arbeiten doch dem Schiffe wirklich zu Gute gekommen sind, deshalb doch die actio de in rem verso gegen die Rheder gestattet werden müsse, und daß, wenn diese von Anfange an begründet war, ein nachheriger Verlust oder eine spätere Deterioration des Schiffes von den Rhedern getragen werden müsse, und sie von der einmal existent gewordenen Verbindlichkeit ex versione in rem nicht wieder befreien könne [46]).

---

mandati (17, 1.). l. 13. §. 25. D. de act. empti (19, 1). l. 5. D. de stipulat. praetor. (46, 5.). Mühlenbruch v. d. Cession d. Forderungsrechte §. 12. ff.

[45]) l. 5. §. 11, 12. D. de instit. act. (14, 3.). l. 10. C. de procurat. (2, 13.)

[46]) l. 3. §. 7, 8; l. 17 pr. D. de in rem verso (15, 3.). l. 47.

Denn, damit diese Klage von Anfange an für statthaft geachtet werden könnte, müßte angenommen werden können, daß die von dem correspondirenden Rheder ohne Auftrag vorgenommenen Handlungen als eine nützliche Geschäftsführung anzusehen seien, woraus er seine Mitrheder mit der actio negotiorum gestorum contraria in Anspruch nehmen könnte, denn die actio de in rem verso setzt als actio adiectitiae qualitatis stets eine Hauptklage desjenigen, aus dessen Person der Kläger sein Recht ableitet, wider den zu belangenden Gegner voraus [47]). Nun würde aber einentheils eine nützliche Geschäftsführung noch nicht ohne Weiteres angenommen werden können, wenn auch Verwendungen in das Schiff statt gefunden hätten, da ja der Rheder, statt auf eine Hauptreparatur neue erhebliche Kosten zu verwenden, es vorziehen konnte, seinen Part zu veräußern [48]); und anderntheils kann eine wahre negotiorum gestio nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn derjenige, für den gehandelt ist, nicht in der Lage war, selbst seine Angelegenheit besorgen zu können, nicht aber dann, wenn Jemand sich eigenmächtig in die Geschäfte gegenwärtiger Personen drängt, deren Zustimmung oder Ablehnung leicht und zeitig eingeholt werden konnte [49]). Der Geschäftsführer selbst kann daher in einem

---

§. 1. D. de solut. (46, 3.). coll. l. 10. §. 1, l. 22. D. de negot. gestis (3, 5.).

[47]) l. 3. §. 2. D. de in rem verso (15, 3.). l. 7. §. 1. C. quod cum eo (4, 26.).

[48]) l. 0. §. 1. D. de neg. gest. (3, 5.).

[49]) §. 1. I. de obligat. quasi ex contr. (3, 28.). l. 1, l. 2, l. 11, l. 31. §. 2. D. de negot. gestis (3, 5.).

Digitized by Google

solchen Falle von dem Prinzipal nicht seine Auslagen, sondern nur so viel ersetzt verlangen, als Letzterer durch das Geschäft noch jetzt wirklich bereichert ist [50]), und weiter geht daher auch der Anspruch des Dritten aus der versio in rem nicht. Dieses führt denn nun aber bei Verbindlichkeiten, welche der correspondirende Rheder unbefugter Weise eingegangen ist, keinesweges mit Nothwendigkeit zu einem Abandon des Schiffes und der damit verdienten oder zu verdienenden Frachten, sondern es bleibt dieser Abandon nur ein sicheres Mittel, durch welches die übrigen Rheder sich aller weiteren Ansprüche aus solchen Geschäften, und aller weiteren Discussion darüber entledigen können, ob und wieweit sie daraus noch jetzt bereichert sind.

§. 18.

Diese Grundsätze kamen bei dem Oberappellationsgerichte in folgender Rechtssache zur Sprache. Das hamburgische Schiff Curhafen bedurfte im Jahre 1819, wo es sich im Hafen von Hamburg befand, einer bedeutenden Reparatur, die der damalige correspondirende Rheder, ohne vorher bei seinen Mitrhedern anzufragen beorderte, und wobei der Schiffer die Aufsicht führte. Die Rechnung des Schiffsbaumeisters Richters betrug allein über 12500 Mark, und befanden der Schiffer und der correspondirende Rheder solche richtig, und erkannte Letzterer solche noch überdies ausdrücklich an, leistete aber damals darauf nur eine Abschlagszahlung von 6600 Mark, und erhielt den Rest creditirt. Das reparirte Schiff unternahm hierauf eine neue Seereise, erlitt aber auf derselben eine bedeutende Havarie, welche den Schiffer nöthigte, einen Bodmereibrief im Aus-

[50]) arg. l. 6. §. 3. in fin. D. eod.

lande zu zeichnen. Mit dieser Bodmereischuld belastet, kehrte das Schiff im Jahre 1821 nach Hamburg zurück, wurde auf Antrag eines seiner Gläubiger in die Kette gelegt, was dort die übliche Form ist, wie bei Schiffen ein Arrest verhängt wird, und bei dem Andrange mehrerer Gläubiger von den Rhedern diesen überlassen. Bei dem demnächstigen Verkauf desselben ergab sich nur ein Ertrag von 9000 Mark, der lange nicht zur Befriedigung der Schiffsschulden ausreichte, und von dem namentlich die Handwerker nur 30 pC. ihrer Forderungen erhielten. Der correspondirende Rheder war unterdessen insolvent geworden, und nahm daher Richters eine der Mitrhederinnen Liebrecht Witwe pro rata ihrer Schiffsparte auf den unbezahlten Rest seiner Forderung aus dem Vertrage des früheren Directors in Anspruch; wogegen dieselbe durch den Abandon des Schiffes von aller weiteren Verpflichtung befreiet zu sein vermeinte. Das Handelsgericht nahm in seinem Erkenntnisse vom 25sten April 1825 die Klage als begründet an, und verwarf die dawider vorgeschützte Einrede; das Obergericht hingegen erachtete den Kläger nur für berechtigt, sich wegen des mit dem Correspondenten geschlossenen Vertrages an das Schiff und dessen Frachten zu halten, und wies demnach, da diese Gegenstände bereits den Gläubigern abgetreten waren, am 19ten September desselben Jahres die Klage zurück. Das Oberappellationsgericht endlich ging davon aus, daß der correspondirende Rheder nicht berechtigt gewesen sei, eigenmächtig eine so bedeutende Reparatur vorzunehmen, und daß eine Verpflichtung der Mitrheder, dieselbe zu bezahlen, da die etwaige Bereicherung derselben durch den Abandon des Schiffes jedenfalls beseitigt sei, nur insofern statt finden würde,

Digitized by Google

als sie, wie behauptet wurde, die Vornahme jener Reparatur stillschweigend genehmigt haben möchten, wo dann aber der Abandon sie nicht befreien könne. Hierüber ließ es daher im Erkenntnisse vom 5ten Junius 1826 dem Kläger noch den geeigneten Beweis nach. Zugleich zog es, nach den in den Schriften der Parteien enthaltenen Ausführungen, in Erwägung, daß zwar, nach dem allgemeinen Prinzipe von den Befugnissen des correspondirenden Rheders, die Vornahme von Hauptreparaturen ohne besondere Anfrage bei den Mitrhedern nicht in seiner Vollmacht liege, daß aber das Herkommen eines Handelsplatzes oft im Einzelnen die Regel modificire; daß wenn aber dieses in Hamburg vielleicht in Betreff vernünftiger größerer, bloß vom Schiffsdirector angeordneter Reparaturen der Fall sein sollte, dann sich auch eben so gut eine Usanz dafür gebildet haben könne, daß in solchem Falle die übrigen Rheder mit dem Abandon von Schiff und Fracht abkommen könnten. Auch hierüber wurden daher den Parteien die geeigneten Beweise nachgelassen; sie sind aber von ihnen gar nicht einmal versucht worden.

Digitized by Google

XXV.

Müssen auch bei einem Platzwechsel die Vormänner von dem erhobenen Proteste benachrichtigt werden?

§. 1.

In sehr vielen Wechsel-Ordnungen findet sich die bestimmte Vorschrift, daß wenn der zur Acceptation oder zur Zahlung präsentirte Wechsel von dem Trassaten oder Acceptanten nicht gebührend honorirt, und deshalb ein Protest erhoben wird, der Inhaber des Wechsels verpflichtet sei, hievon ungesäumt dem Vormanne Nachricht zu ertheilen, an welchen er seinen Wechselregreß zu nehmen gemeint ist. Wird nun hiebei etwas versäumt, so ist jedenfalls der Regreß im Wege des Wechselprocesses verloren, und die Indossanten werden mehrentheils von jeder Regreßnahme befreiet, der Trassant aber wenigstens dann, wenn er durch die verspätete Protesterhebung oder Benachrichtigung in Schaden versetzt worden ist [1]). Diese Verpflichtungen des Inhabers beruhen darauf,

[1]) Franck institut. iur. camb. lib. 1. sect. 4. tit. 1. §. 23; tit 5. §. 1 — 4 u. 7. — Heineccius de vitiis negot. collyb. c. 2. §. 24; und elementa iur. camb. c. 4. §. 28. 31. coll. 38. Riccius Exercit. iur camb. exerc. 10. sect. 5. §. 10. — Siegel Einleitung zum Wechselr. Cap. 4. §. 29. coll. §. 30. 32. — Sieveking Material. d. Wechselr. §. 142. u. 143. coll. §. 300 — S. hiebei namentlich

daß er der Bevollmächtigte zu seinem eigenen Besten (procurator in rem suam) des Trassanten und der früheren Indossanten ist. Will er sich nämlich annoch an diese seine Vormänner halten, so muß er dann auch gegen sie alle Pflichten eines Procurators erfüllen, mithin dieselben von allen Vorfällen, welche sie interessiren können, benachrichtigen, und es ihnen namentlich ungesäumt melden, wenn ihr Auftrag, die Annahme und Zahlung des Wechsels zu bewirken, aus irgend einem Grunde gar nicht, oder doch nicht gehörig hat ausgerichtet werden können.

§. 2.

Diesen Grundsätzen folgt nun insonderheit auch die Hamburgische Wechselordnung, sowohl bei Wechseln die von fremden Orten her auf Hamburg gezogen, als auch bei solchen die von Hamburg aus auf einen anderen Platz abzegeben worden sind. In Betreff der ersteren enthalten bereits die Statuten die demnächst in der Wechselordnung wiederholte Vorschrift: „Wann ein Wechselbrief von fremden Orten kommt, und auf Einen zu acceptiren assigniret ist, derselbe aber zu acceptiren sich geweigert, so mag der Einhaber den Wechsel-Brief alsobald protestiren lassen, und ihn nebst dem Protest zurücksenden; will er aber demselben, so acceptiren

die Brem. W. O. v. J. 1712 Art. 9 — 11. Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 1047, 1054, 1055, 1121, 1123 und 1125. coll. §. 974. — Weimar. W. O. v. J 1819. §. 132, 135, 146. — Hannov. W. O. v. J. 1822. §. 21, 26, 30. Jacobsen Umriß des engl. Wechselrechts S. 59 — 65. — Weniger strenge sind in Betreff der Benachrichtigung der Vormänner der Code de comm. art. 165. und das Niederländische Handelsgesetzbuch v. J. 1826. Buch 1. Tit. 7. Art. 83 u. 84.

Digitized by Google

ſoll, zu Gefallen 3 Tage warten, ſoll ihm ſolches ohnpräjudicirlich und ohnſchädlich ſein, dafern immittelſt kein Bothe oder Poſt nach dem Ort, da das Geld ausgezahlet iſt, gehen würde" [2]). In dieſer Vorſchrift iſt es freilich weder mit klaren Worten ausgeſprochen, daß die Vormänner unverzüglich von dem erhobenen Proteſte benachrichtigt werden ſollen, noch daß im Unterlaſſungsfalle ein Verluſt des Wechſelregreſſes eintreten ſoll; allein das Erſtere liegt darin, daß mit der Erhebung des Proteſtes nur dann ein kleiner Anſtand genommen werden darf, wenn immittelſt keine Poſt nach dem Wohnorte des Vormannes abgeht, und das Letztere ergiebt ſich aus anderen Stellen der Wechſelordnung, die dieſes Präjudiz für verwandte Fälle beſtimmt namhaft machen [3]). Daſſelbe was in dieſem Artikel von der Proteſterhebung bei verweigerter Acceptation des Wechſels geordnet iſt, findet ſich im Artikel 32. für den Fall wiederholt, wenn der Wechſelbrief zur rechten Verfallzeit nicht bezahlt wird; nur daß hier das Ganze, was der Inhaber alsdann vorzunehmen hat, mit dem allgemeinen Namen einer „gehörigen Proteſtirung" bezeichnet wird. — Was ſodann die von Hamburg aus auf andere Plätze gezogenen Wechſel anbetrifft, ſo iſt auch in Beziehung auf dieſe vorgeſchrieben, der Inhaber müſſe den Proteſt über verweigerte Acceptation oder Zahlung in rechter Zeit belegen laſſen und nach Hamburg ſenden, widrigenfalls er ſeine Klage gegen den Prinzipal-Aufnehmer damit verloren habe, und ſich an den Acceptanten

---

[2]) Hamburg. W. O. Art. 9; vgl. mit d. Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 7. Art. 2, 3. Vgl. (Sieveking) Materialien z. Wechſelrecht. §. 46.

[3]) Hamburg. W. O. Art. 32, 34, 38, 45.

Digitized by Google

halten müsse [4]). Daneben findet sich nun noch eine gleiche Vorschrift für den Fall eines eintretenden Fallissements, die dahin lautet: „Wann ein Acceptant eines Wechsels zu falliren kommt, ist der Einhaber, ob schon der Wechsel noch nicht verfallen, zu protestiren schuldig, so bald ihm solches Fallissement wissend wird, und solchen Protest zurück zu senden, oder nach Maaßgebung des 32sten Artikels, bei dem Indossenten sich damit anzumelden, um auf Verfallzeit seinen Regreß zu haben" [5]). Dieser Artikel giebt durch seine Bezugnahme auf den 32sten Artikel, wo blos eine gehörige Protestation genannt war, zu erkennen, daß unter letzterer die Benachrichtigung der Vormänner mit verstanden ist, und er zeigt zu gleicher Zeit, daß solche Benachrichtigung sowohl an die auswärtigen Vormänner durch die Uebersendung des Protestes, als auch an die an demselben Orte anwesenden, durch Vorzeigung desselben, geschehen muß. Es unterliegt daher keinem Anstande, daß auch nach dem hamburgischen Wechselrechte bei einem von dem einen Orte auf den andern gezogenen Wechsel die auswärtigen sowohl als die anwesenden Vormänner von dem Proteste wegen verweigerter Acceptation oder Zahlung unverzüglich benachrichtigt werden müssen; und daß, wenn diese Benachrichtigung unterbleibt oder auch nur verzögert wird, dieses wenigstens den Verlust des Wechselregresses an den Vormann zur Folge hat [6]).

---

[4]) Hamburg. W. O. Art. 38.

[5]) Hamburg. W. O. Art. 45. coll. 34.

[6]) Klefecker Samml. d. Hamb. Ges. B. 6. S. 568, 585 — 9; 594, 5. Vgl. ein Präjudicat darüber v. J. 1692 im Thesauro iur. prov. et statut. Tom. 1. pag. 1042. nr. XX.

Digitized by Google

§. 3.

Diese Vorschriften des hamburgischen Rechtes und die ähnlichen in anderen Wechselordnungen, beziehen sich aber nur auf den Fall, wenn Trassant und Trassat oder Acceptant an verschiedenen Orten wohnhaft sind, und es entsteht daher die Frage: ob das gleiche Verfahren, unter dem gleichen Präjudize, auch bei den sogenannten Platz-Wechseln beobachtet werden muß; was denn theils bei den Tratten, die der eine Kaufmann des Ortes auf den anderen desselben Ortes zieht, theils bei den eigenen Wechseln, die man zu Gunsten eines an demselben Platze befindlichen Gläubigers ausstellt, und die in Giro gesetzt sind, zur Sprache kommt. Es scheinen der analogen Anwendung der oben erwähnten Vorschriften auf diese Fälle, mehrere Bedenken entgegen zu stehen. Zuvörderst nämlich erscheint es zweifelhaft, ob man überall ein in den Gesetzen für den Fall nicht bestimmt angedrohetes Präjudiz, und zumal ein so hartes Präjudiz, wie der Verlust des Wechselregresses, blos deshalb zur Anwendung bringen könne, weil es in einem ähnlichen Falle von den Gesetzen verordnet worden ist. Es erscheint dieses um so bedenklicher, weil es sogar an der Gleichheit des Grundes fehlen möchte. Bei auswärtigen Wechseln muß nämlich die Benachrichtigung deshalb erfolgen, weil dem Auswärtigen die Vorfälle auf dem fremden Handelsplatze nicht genau und vollständig genug bekannt werden, und weil es ihm an den gehörigen Mitteln fehlt, sich auf eine leichte und zuverlässige Art davon zu vergewissern, ob es auch mit dem von ihm begebenen oder girirten Wechsel in der gehörigen Ordnung geht. Alles dieses scheint anders, wenn Trassant und Trassat auf dem Platze selbst sind, und dann ganz besonders in einem solchen Falle, wenn ein offenkundiges Hinderniß der Acceptation

Digitized by Google

oder Zahlung des Wechsels eingetreten ist, z. B., wenn der Bezogene vor dem Verfalltage des Wechsels Concurs gemacht hat.

§. 4.

Dieser anscheinenden Gegengründe ungeachtet, muß aber doch auch bei Platzwechseln die Verpflichtung des Inhabers zur Benachrichtigung des Ausstellers, sofern er nicht zugleich, wie bei den eigenen Wechseln, der Acceptant ist, und der Indossanten angenommen werden. Denn wer einen Wechsel ausstellt oder begiebt, constituirt dadurch den Empfänger des Wechsels zu seinem Mandatarius in dieser Angelegenheit. Letzterer ist damit beauftragt, die Acceptation und die Bezahlung des Wechsels bei dem Bezogenen zu suchen, und zwar für sich selbst zu suchen. Wer daher den Wechsel begiebt, kann die Betreibung der Angelegenheit dem Inhaber überlassen und braucht sich um den weggegebenen Wechsel nicht weiter zu bekümmern, als daß er eventuell für den Regreß haftet, wenn der Inhaber solchen an ihn zu suchen sich veranlaßt findet. Grade deshalb, weil Trassant und Indossant bei der richtigen Honorirung des Wechsels nur dieses eventuelle Interesse haben, und es lediglich der freien Willkühr des Inhabers überlassen bleibt, ob er sie im Entstehungsfalle in Anspruch nehmen will oder nicht, dürfen sie aber auch erwarten, daß er sie ungesäumt davon in Kenntniß setzen werde, wenn es mit dem Wechsel nicht in Ordnung geht, und er gesonnen ist ihre Garantie deshalb in Anspruch zu nehmen. — Es liegt mithin schon in der Natur der Verhältnisse, daß bei jedem begebenen Wechsel der Begebende ungesäumt benachrichtigt werden muß, wenn dieser Wechsel aus irgend einem Grunde nicht honorirt wird, und daß man es ihm anzeigt, er solle dafür noch weiter haf-

Digitized by Google

ten; folglich ist es kein ausreichender Gegengrund, daß es an der bestimmten gesetzlichen Vorschrift und der bestimmten Androhung eines Präjudizes für die Unterlassung in den Gesetzen fehlt.

§. 5.

Dieses Stillschweigen der Gesetze erklärt sich übrigens aus einfachen historischen Gründen leicht. Es ist nämlich eine bekannte Sache, daß aus Veranlassung des canonischen Verbotes des Zinswuchers, früherhin sowohl die eigenen Wechsel als auch die Tratten, die nicht von einem Platze auf den andern lauteten, dem Verdachte eines verkappten wucherlichen Geschäftes ausgesetzt und deshalb häufig ganz verboten waren [7]). Wenn nun auch dieses Verbot in späteren Zeiten mehrentheils verlassen ist [8]); so werden doch die eigenen Wechsel hauptsächlich nur für dem Kaufmanne anvertraute Depositoposten ausgestellt, und diese selten begeben; trassirte Platzwechsel aber sind in den mehrsten Handelsstädten noch jetzt eine Seltenheit [9]), und man denkt bei Tratten gewöhnlich

---

[7]) v. Martens vom Ursprunge des Wechselsr. S. 30 — 45; und im Handelsrechte §. 116. Büsch Darstell. d. Handl. B. 1. S. 62; B. 2. S. 117 — 180. Ausg. 3; und in der Handlungsbibliothek B. 1. S. 428 — 480. Vgl. z. B. die, jetzt in diesem Stücke nicht mehr befolgte, Wechselordn. von Bremen v. J. 1712. Art. 61.

[8]) Eine Ausnahme hievon machen das französische und das niederländische Recht, die noch jetzt trassirte Platzwechsel nicht zulassen. Code de Comm. art. 110. Pardessus cours de droit commercial, Tom. 2. pag. 336, 7; 349, 50. Niederl. Handelsr. 1. 7. Art. 1.

[9]) Eine Ausnahme macht Bremen, wo bei'm Waarenhandel auf dem Platze der Verkäufer über den Kaufpreis auf den Käufer

an diese gar nicht mit. Wenn daher in den Wechselordnungen bei der Protestation der Wechsel und der Benachrichtigung der Vormänner hievon immer nur von auswärtigen Tratten geredet wird, so hat dieses seinen Grund nicht darin, daß man einen Gegensatz mit diesen letzteren machen und sie von der gesetzlichen Vorschrift eximiren wollte, sondern entweder nur darin, daß man zur Zeit der Abfassung der Wechsel-Ordnung noch keine trassirte Platzwechsel gestattete, oder darin, daß man an dieselben nicht dachte. In dem ersteren Falle muß man nun aber, wenn man jetzt solche Wechsel zuläßt, dabei auch alle näheren Bestimmungen anwenden, welche die Wechselordnung für die früher allein statthaften auswärtigen Tratten aufstellt, insoweit nicht etwa die Verschiedenheit der Verhältnisse ein Anderes mit sich bringt. In dem letzteren Falle aber erscheint die Erwähnung des Trassirens von einem Platze auf den andern nur als etwas Enunciatives, was an und für sich nicht dazu benutzt werden kann, um daraus Folgerungen abzuleiten.

§. 6.

Es müßte also, um bei Platzwechseln die Verpflichtung zur ungesäumten Benachrichtigung der Vormänner von dem Proteste wegfallen zu lassen, ein genügender Grund hiefür in der Verschiedenheit der Fälle gefunden werden können. Das ist aber keineswegs der Fall. Zuvörderst nämlich könnte die Acceptation oder Bezahlung eines solchen Wechsels aus Gründen verweigert werden, die nichts Offenkundiges enthalten, und wobei die Vormänner von der Weigerung des Bezoge-

---

zu trassiren, und Letzterer solchen s. g Waarenwechsel, der auf eine bestimmte Zeit a Dato lautet, zu acceptiren pflegt.

Digitized by Google

nen nur durch den Inhaber selbst die gehörige Kunde erhalten können. Man setze z. B. der Bezogene hätte seinem Freunde die Annahme der Tratte zugesagt, verweigerte sie aber gleichwohl nachher dem Präsentanten ohne seine Sinnesänderung dem Trassanten mitzutheilen, so wird Letzterer voraussetzen, es sei mit dem Wechsel Alles in Ordnung gegangen, wenn ihm nicht der Inhaber das Gegentheil anzeigt. Wäre ferner das Fallissement des Acceptanten erst zu einer Zeit eingetreten, wo der Wechsel bereits in den Respittagen lief, und wäre es, wie das z. B. in Hamburg der Fall ist, an dem Orte allgemeine Sitte von den Respittagen keinen Gebrauch zu machen, so würden die Vormänner annehmen müssen, es sei auf diesen Wechsel noch die gebührende Zahlung geleistet worden, wenn der Inhaber sie nicht davon in Kenntniß setzte, daß das nicht geschehen sei. — Wenn endlich ein Platzwechsel seinen Giro über fremde Handelsstädte genommen hätte, so wäre dann doch für die auswärtigen Giranten eine Benachrichtigung eben so nothwendig, als bei den von oder nach auswärts gezogenen Tratten. Lassen sich nun aber so sehr viele Fälle nachweisen, in welchen selbst bei Platzwechseln die Benachrichtigung der Vormänner nothwendig sein würde, so erscheint es schon an sich unzulässig, diese Art von Wechseln von der gesetzlichen Vorschrift, welche die ungesäumte Benachrichtigung der Vormänner von dem erhobenen Proteste verlangt, auszuschließen; und würde dadurch die Sache nur in eine Ungewißheit und in ein Schwanken gebracht werden, welche dem Geiste des Wechselrechtes, welches eine strenge Beobachtung der Formen erheischt, ganz entgegen wären. Eben so sehr, wie man daher bei einem auswärtigen Wechsel die Benachrichtigung der am Wohnorte des Bezogenen anwesenden Vormänner verlangt, wenn solche

Digitized by Google

Wechsel nicht honorirt werden, so muß diese Benachrichtigung auch bei einem Platzwechsel erfolgen.

§. 7.

Nach diesen Grundsätzen bestätigte das Oberappellationsgericht am 31. October 1825 in S. Meier c. Frodien das Erkenntniß des hamburgischen Obergerichtes, welches den Kläger mit seiner Wechselklage aus einem von dem Beklagten auf einen andern Hamburger gezogenen Wechsel um deshalb abgewiesen hatte, weil der Kläger als Inhaber des Wechsels zwar wohl am letzten Respittage die Zahlung darauf vom Acceptanten verlangt und bei Verweigerung derselben gehörig protestirt, aber es versäumt hatte, davon den Trassanten damals gebührend in Kenntniß zu setzen. Es erachtete nämlich das Oberappellationsgericht den Wechsel dadurch für präjudicirt, indem es theils von den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen ausging, theils wenigstens aus dem concreten Grunde die Benachrichtigung des Trassanten für nothwendig hielt, weil die Insolvenz des Acceptanten erst nach dem Verfalltage des Wechsels ausgebrochen war, in Hamburg aber es allgemeine Sitte ist, gleich am Verfalltage, und nicht erst in den Discretionstagen, einen fälligen Wechsel zu berichtigen, so daß der Trassant befugt war, den Wechsel für bezahlt zu achten, so wie der Inhaber ihm vom Gegentheil keine Anzeige machte.

Digitized by Google

XXVI.

Beitrag zu der Lehre von den Wechselcopien.

§. 1.

Ein Hauptzweck des sehr gewöhnlichen Verfahrens, sich den gekauften Wechsel gleich anfangs von dem Trassanten in mehreren gleichlautenden Exemplaren, die als Prima, Secunda u. s. w. bezeichnet, und deren letztere mit der s. g. clausula cassatoria versehen werden, ausstellen zu lassen, besteht darin, daß, während das eine Exemplar vom Wechselnehmer bereits im kaufmännischen Verkehre benutzt und in Giro gesetzt wird, das andere, und zwar gewöhnlich die Prima[1]), einem Correspondenten am Zahlungsorte sofort zugesandt wird, um die Acceptation desselben zu besorgen, und es aufzubewahren, bis demnächst der Inhaber der girirten Secunda, auf welcher zu dem Ende bemerkt ist, wo und bei wem die acceptirte Prima zu finden sei, es von ihm abfordert[2]). Existiren nun aber von einer Tratte entweder

[1]) S. z. B. die Frankfurt. W. O. §. 27. Wesentlich ist das aber nicht, sondern es kann eben so gültig auch ein folgendes Exemplar acceptirt werden. S. (Sieveking) Materialien z. Wechselr. 59, 60, 62, 88; u. d. Schrift: Ueber Wechselduplicate u. Wechselabschriften. Frankf. 1807. S. 9, 10.

[2]) Leipz. W. O. §. 11, 28. Braunschweig. W. O. Art. 11, 12. Weimar. W. O. v. J. 1819. §. 24. Hannov. W. O. v. J. 1822. §. 16.

Digitized by Google

keine Prima und Secunda, ſondern iſt ſie als Solawechſel ausgeſtellt, oder iſt doch von den vorhandenen mehreren Exemplaren nur eins in die Hände des Wechſelnehmers oder eines ſpäteren Indoſſaten gekommen; ſo helfen dieſe ſich häufig damit, daß ſie den Originalwechſel zum Accepte befördern [3]), aber von demſelben eine Copie machen, und dieſen als ſolchen bezeichneten Copiewechſel, mit der darauf notirten Bemerkung, bei wem das acceptirte Original abzufordern ſei, ſtatt dieſes letzteren weiter giriren [4]). In den Geſetzen

---

Ueb. Wechſelduplicate. S. 12—21. Die Einrichtung hat übrigens auch noch andere Zwecke, auf die es hier aber nicht weiter ankommt; ebendaſ. S. 3—6, 9—12. Büſch Darſtellung d. Handlung B. 1. S. 74. Pardessus cours de droit commercial Tom. 2. pag. 367, 8; 453, 4.

[3]) Dieſes iſt der Hauptzweck der Wechſelcopien; außerdem benutzen die Inhaber der Secunda ſie auch wohl, wenn ſie ſich Gewißheit darüber verſchaffen wollen, ob die Prima ſich auch wirklich bei der aufgegebenen Addreſſe befindet (Ueb. Wechſeldupl. S. 63—71); und die Inhaber des bereits acceptirten Originals dazu, um ſie ſtatt deſſelben weiter zu giriren, was man mit einem ſolchen Original, wegen der bei einem etwaigen Verluſte deſſelben eintretenden Gefahr, nicht gerne mehr thut (ebendaſ. S. 57, 90.).

[4]) Sieveking Material. §. 5. Hannov. W. O. §. 16. Materialien z. e. Frankfurt. Handelsgeſetzb. §. 157. Dieſes ſind die Wechſelcopien im eigentlichen Sinne des Wortes, und die jetzt allein noch übliche Art derſelben (Ueb. Wechſeldupl. S. 42, 54—6, 73—5. Vincens exposit. de la legislation commerciale Tom. 2. pag. 181, 2; 248, 9; 261, 2; 280); früher benutzte man auch wohl gemeine Abſchriften (Siegel Einl. z. Wechſelr. S. 93. Ueb. Wechſeldupl. S. 41—50), und vidimirte Copien, welche letzteren man ſtatt der Originale giriren ließ, die aber, weil ſie die Originale nur ſehr mangelhaft erſetzten, und dadurch

werden diese Copien so gut wie gar nicht erwähnt, und nirgends ist in denselben das dabei eintretende rechtliche Verhältniß näher bestimmt[5]). Es muß also dieses aus dem Zwecke der Einrichtung und aus der Natur der Verhältnisse entwickelt werden; und dürfte ein Beitrag hiezu nicht unwillkommen sein.

§. 2.

Der Gesichtspunkt, unter welchem die Wechselcopien stehen, ist nun aber ihrem oben angegebenen Zwecke zufolge im Wesentlichen der, daß sie die Stelle der gewöhnlichen Secunda oder Tertia vertreten sollen. Sie sind daher auch im Ganzen nach denselben Grundsätzen, welche bei diesen zur Anwendung kommen, zu beurtheilen; und nur das erzeugt eine wesentliche Verschiedenheit zwischen einer Copie

---

zu unangenehmen Verwickelungen führten, an manchen Orten ausdrücklich verboten (z. B. in d. preuß. W. O. v. J. 1751. Art. 36, und in der würtenberg. v. J. 1759. Kap. 4. §. 3), und anderswo wenigstens außer Gebrauch gekommen sind. (Ueb. Wechselbupl. S. 51—53.).

[5]) Wenn es im preuß. Landr. II, 8. §. 811, 3; u. in der weimar. W. O. v. J. 1819. §. 30, 41, heißt, die Indossamente müßten auf den Wechsel selbst gesetzt werden, sonst hätten sie nur die Kraft von Cessionen; so könnte damit der Gebrauch der Wechselcopien ausgeschlossen scheinen; es ist aber sicher die Meinung nur, daß keine Indossamente in einem besonderen Instrumente vorgenommen werden sollen; das Verbot erstreckt sich aber nicht auf Indossamente, die man auf eine den ganzen Wechsel vertretende Urkunde schreibt; wie dieses, so viel das preuß. Landrecht betrifft, schon daraus hervorgeht, daß, während Prolongationen eines Wechsels auf diesen selbst geschrieben werden sollen, es doch gestattet ist, sie auf einer zugeschickten Copie zu vollziehen. Preuß. Land. a. a. O. §. 1224, 5.

Digitized by Google

und einem eigentlichen Duplicate, daß während letzteres ebenfalls von der Hand des Ausſtellers herrührt und daher auch in der Hinſicht ein wahres Original bildet, die Copie bis dahin, wo die Reihe der Originalgiri beginnt, nur eine unbeglaubigte Abſchrift des Originals enthält. Während daher das Duplicat eine ſelbſtſtändige Kraft rückſichtlich des ganzen Wechſels beſitzt, ſo entbehrt dieſer die Copie, ſoweit ſie bloße Abſchrift iſt, und kann ſie inſoweit zum Erſatz des Originals nicht dienen[6]). Wo aber dieſer Umſtand keinen Einfluß äußert, da ſind die rechtlichen Verhältniſſe bei dem Copiewechſel und in Beziehung auf denſelben die nämlichen, wie bei vorhandenen Duplicaten. In demſelben Mandatsverhältniſſe, worin der Ueberſender der Prima zu ſeinem mit der Beſorgung des Accepts beauftragten Correſpondenten ſteht, ſteht darin auch derjenige, welcher dieſem ſein einziges Original zugehen läßt, und bloß eine Copie zurück behält. Dem Einen wie dem Andern ſteht namentlich das Recht zu, den eingeſandten Wechſel von dem Correſpondenten zurück zu fordern, ſo lange dieſer ihn dem Inhaber des girirten Exemplars noch nicht ausgeliefert[7]), oder auszuliefern verſprochen hat. Der Correſpondent hat ferner in dem einen wie in dem andern Falle die Befugniß vom

---

[6]) Ueb. Wechſelduplicate S. 2; 54—56; 73—8.

[7]) Sieveking Materialien §. 90. Weim. W. O. §. 58. Ueb. Wechſelduplicate S. 24, 25, 100. Auch das bloße Verſprechen der Auslieferung hindert den Correſpondenten, den acceptirten Wechſel ſeinem Mandanten ohne Weiteres zurück zu ſenden, weil er dadurch dem Inhaber des girirten Exemplars unbedingt, und ohne ſich dagegen mit der Rückforderung des Mandanten vertheidigen zu können, verhaftet worden iſt. Er könnte alſo dem Mandanten den Wechſel nur gegen eine cautio defensum iri zurück geben.

Digitized by Google

Traſſaten die Acceptation des Wechſels ohne weitere Legitimation zu verlangen, und in Ermangelung derſelben einen Proteſt zu erheben [8]); auch in ſolchem Falle eine Intervention für den Wechſel anzunehmen, ſoweit ſolche überhaupt zuläſſig erſcheint [9]). Aber, wenn das acceptirte Exemplar bis zur Verfallzeit bei ihm nicht abgefordert werden ſollte, ſo darf er darauf nicht Zahlung oder Depoſition verlangen, denn hierauf erſtreckt ſich die Legitimation durch die ihm ertheilte Vollmacht nicht [10]).

§. 3.

Auch darin ſind die Verhältniſſe bei beiden gleich, daß der Bewahrer des zur Acceptation eingeſandten Originals, ſolches, wenn ihm dieſes von ſeinem Mandanten nicht unterdeſſen verboten worden iſt, und zwar acceptirt oder auch noch nicht acceptirt [11]), demjenigen auszuliefern ſchuldig iſt, welcher ihm das girirte Duplicat oder die girirte Copie mit der darauf von dem Mandanten des Bewahrers notirten Bemerkung präſentirt, daß das acceptirte Exemplar bei ihm zu finden ſei, und daß, wenn er dieſes verweigert, Letzterer gegen ihn einen Proteſt erheben, zugleich aber auch von jener Weigerung den Bezogenen in Kenntniß ſe-

[8]) Leipz. W. O. §. 11. Frankf. W. O. §. 40. Entwurf c. Frankf. Merkantilordn. §. 29.

[9]) ebendaſ. §. 29. coll. §. 55. coll. Weimar. W. O. §. 112.

[10]) Ueb. Wechſelbupl. S. 13—16. Not. 5; S. 100—3. Vgl. Leipz. W. O. §. 11. Sieveking Materialien §. 93, 94. Frankf. W. O. §. 40; u. Entw. d. Frankf. Merkantilordn. §. 50. Weimar. W. O. §. 79.

[11]) Mit Unrecht hält dieſes Letztere für unzuläſſig Sieveking Materialien §. 84. Siehe dagegen die Schrift üb. Wechſelduplic. S. 98—100. Weimar. W. O. §. 56, 57, 59, 61.

Digitized by Google

ten, und mittelst jenes Protestes seinen Regreß bei den Vormännern suchen muß [12]). Erfolgt nun diese Weigerung der Auslieferung vor der Verfallzeit des Wechsels, so hat sie nicht die Wirkungen einer verweigerten Zahlung, sondern sie vergleicht sich einer verweigerten Acceptation des Wechsels, und der Inhaber gewinnt daher gegen seine Vormänner noch nicht sofort ein Recht auf Bezahlung des Wechsels, sondern nur auf Caution dafür, und einen Anspruch auf die Herbeischaffung des acceptirten Originals. Deshalb muß denn auch der Inhaber in solchen Fällen, wo das an den Bezogenen selbst, der die Acceptation geweigert hat, nothwendig wäre, zur Verfallzeit noch einmal die Auslieferung des acceptirten Wechsels von dem Bewahrer desselben verlangen, und, wenn sie jetzt abermals verweigert wird, desfalls einen zweiten Protest leviren, der dann in seinen Wirkungen einem Proteste wegen verweigerter Zahlung gleich kommt [13]).

§. 4.

Stehen nun aber in allen diesen Stücken die Copien den Duplicaten gleich, so erzeugt doch der bereits erwähnte Umstand, daß Letztere zugleich ganz, Erstere aber nur theilweise Originale sind, sehr wesentliche Verschiedenheiten in anderen rechtlichen Verhältnissen derselben. Mit der Secunda kann der Inhaber sich direct an den Bezogenen wenden, und, insofern derselbe sein Accept noch nicht auf die Prima gesetzt haben sollte, dessen Annahme verlangen, und solche in diesem Falle nicht verweigert werden, wenn der

[12]) Sieveking Materialien §. 47, 81 — 87. Ueb. Wechselduplicate S. 24 — 30; 79 — 85.

[13]) Ueb. Wechselduplicate S. 83 — 85. coll. 87.

Traſſat nicht überhaupt die Annahme des Wechſels ablehnen wollte; da ja die Secunda eben ſo gut wie die Prima die Anweiſung des Ausſtellers zur Honorirung des Wechſels enthält, und auch die dabei hinzugefügte Beſchränkung „Prima es nicht ſeiend," nach der aufgeſtellten Suppoſition hiebei kein Hinderniß abgiebt[14]). Die Acceptation einer bloßen Wechſelcopie hingegen kann dem Bezogenen nicht angeſonnen werden, weil ihm dieſe keine Gewißheit gewährt, daß das angebliche Original derſelben wirklich von dem genannten Ausſteller herrührt, weil er wegen ihrer Annahme die Acceptation eines ihm demnächſt vorgelegten Originals nicht weigern, und nicht ſicher ſein könnte, daß der Traſſant ihm die Bezahlung derſelben in Rechnung paſſiren laſſen müßte[15]). Kommt es ferner zur Auslieferung des acceptirten Exemplars, ſo macht dieſes auf gleiche Weiſe die Copie als die Secunda zu einem vollſtändigen Wechſel, mit dem man ſeine Rechte gegen den Acceptanten, den Traſſanten und ſämtliche Giranten geltend zu machen im Stande iſt. Wird aber die Auslieferung verweigert, und kann mithin nur der Regreß an die Vormänner ſtatt finden, ſo dient die Secunda zum Regreß gegen Alle, ſelbſt gegen den Ausſteller, inſofern er nicht nachweiſen kann, daß einem anderen Exemplare vom Traſſaten genügt worden iſt; die bloße Copie iſt aber nur gegen die darauf ſtehenden Originalgiranten brauchbar[16]). Daraus ergiebt ſich denn zugleich, daß wenn der Bezogene ſich weigert, die Secunda

[14]) Vgl. die Citate Not. 1. Weimar. W. O. §. 60, 76, 153. Hannov. W. O. §. 18.

[15]) Sieveking Materialien §. 100. Material. z. e. Frankf. Handelsgeſetzb. §. 109. Hannov. W. O. a. a. O.

[16]) Ueb. Wechſelduplicate S. 55, 56.

zu honoriren, eine Intervention zu Ehren aller Indossanten und selbst zu Ehren des Trassanten statthaft ist, insofern nicht in letzterer Hinsicht Annahme und Zahlung deshalb von dem Trassaten geweigert sind, weil er diese bereits früher auf ein anderes Exemplar des Wechsels geleistet hatte; daß hingegen bei verweigerter Honorirung einer Copie eine für den, zu dessen Ehre es geschieht, verbindliche Intervention nur für die darauf stehenden Originalgiranten vorgenommen werden kann[17]).

§. 5.

Dieses Unzulängliche der Copie für die Regreßnahme an die älteren Vormänner und namentlich an den Aussteller des Wechsels, so wie nicht minder für die Belangung des Acceptanten veranlaßt nun die Frage, ob nicht der Inhaber derselben selbst dann noch einen Anspruch auf die Auslieferung des Originals an diejenigen Indossanten besitze, welche ihr Indossament auf der Copie selbst vollzogen haben, wenn er den gewöhnlichen Wechselregreß an dieselben, z. B. wegen eines Fehlers oder einer Versäumniß bei der Protestation verloren hat. Ein erhebliches Interesse für ihn hiebei läßt sich nicht verkennen, indem, falls ein acceptirtes Original existirt, dessen Einhändigung ihn in den Stand setzen würde, den Acceptanten annoch in Anspruch zu nehmen, und indem, wenn dieses auch nicht der Fall ist, dann doch nach den mehrsten Wechselgesetzen noch insoweit ein Regreß gegen den Trassanten stattnehmig sein würde, als dieser sich sonst mit seinem Schaden bereicherte, zu welchen beiden Klagen aber das Original des Wechsels nicht, wenigstens nicht ohne

---

[17]) Sieveking Materialien §. 155, 156. Ueb. Wechselduplicate S. 32—40; 92.

Digitized by Google

große Weitläuftigkeiten zu veranlassen, entbehrt werden könnte. Die Frage selbst scheint nun aber nicht ohne Zweifel, wie die verschiedenartigen in einer deshalb vorgekommenen Rechtssache gesprochenen Erkenntnisse dieses ergeben. Es hatte nämlich ein gewisser Linn in Andernach im Königreiche der Niederlande am 17ten Febr. 1822 einen Wechsel von 67 Liv. St. auf John Lemon in London 2 Monate a Dato an die Order von H. J. Cassel gezogen; dieser das Original des Wechsels zur Besorgung der Acceptation an E. J. Symons in London eingesandt, und dafür eine Copie mit der darauf notirten Bemerkung, daß das Original sich zur Annahme bei gedachtem Symons befinde, in Circulation gesetzt, und so war diese Copie später von Samuel Levy in Hamburg, der ihr noch eine Nothaddresse in London beifügte, auf Ruben Moses Ruben indossirt worden. Die Copie langte aber demnächst erst nach dem Verfalltage und selbst nach dem Ablaufe des letzten Respittages in London an, und als nun darauf das Original bei Symons abgefordert wurde, so erfolgte die Auslieferung desselben nicht, weil, wie Symons in dem vom Präsentanten dieserhalb erhobenen Proteste erklärte, er es bei dem Trassaten zur Acceptation zurück gelassen habe, und es von diesem nicht zurück erhalten könne. Auch die hierauf angegangene Nothaddresse verweigerte die Zahlung, weil der Wechsel präjudicirt sei. So kam derselbe mit Protest nach Hamburg zurück, und eine anfangs von Ruben gegen Levy versuchte gewöhnliche Wechselregreßklage wurde von den Gerichten ohne Weiteres verworfen, weil die verspätete Präsentation des Wechsels in London klar vorliege.

Digitized by Google

§. 6.

Nun erhob aber Ruben gegen denselben Beklagten im ordentlichen Prozesse eine Klage auf Herbeischaffung des mittelst der Copie verkauften Originalwechsels, und in Entstehung dessen auf die Bezahlung des Belaufes als Schadenersatzes; wogegen der Beklagte es geltend machte, daß er das Original dem Kläger gar nicht verkauft habe, daß er zu dessen Herbeischaffung außer Stande sei, indem er dasselbe an Symons gar nicht eingesandt habe, und mit diesem in gar keinem obligatorischen Verhältnisse stehe, und daß ihn persönlich bei der Nichtauslieferung des Originals überall kein Vorwurf treffe. Gleichwohl verurtheilte das Handelsgericht denselben zur Bezahlung der eventuell eingeklagten Summe, er könnte denn beweisen, daß der Präsentant des fraglichen Copiewechsels, wenn er solchen zur Verfallzeit bei Symons zeitig präsentirt, das Original ausgeliefert erhalten haben würde [18]). Die Entscheidungsgründe gingen im Wesentlichen darauf hinaus, eine solche Anzeige, wie sie sich auf der fraglichen Wechselcopie befunden habe, daß das Original sich bei dem oder dem zur Annahme befinde, enthalte das Versprechen, daß Letzteres zur Verfallzeit auf die Vorzeige der Copie deren Inhaber ausgeliefert werden werde; und hafte der Verkäufer des Copiewechsels, er möge denselben selbst angefertigt oder ihn nur weiter girirt haben, für die Erfüllung dieses Versprechens unbedingt; insofern nicht etwa der Inhaber, der auch hier zur zeitigen

[18]) Daneben gestattete das HGericht dem Beklagten noch alternative einen zweiten Beweis in Betreff der von ihm beigefügten Nothaddresse, der aber hier füglich übergangen werden kann; da dadurch für das Wesentliche unserer Frage nichts gewonnen wird.

Digitized by Google

Präsentation verpflichtet sei, durch die Verzögerung derselben den Schaden selbst herbei geführt haben sollte. — Auf die gegen dieses Erkenntniß vom Beklagten ergriffene Appellation bestätigte zwar das Obergericht am 20sten Januar 1823 die demselben vom Handelsgerichte gemachte Beweisauflage, ließ ihm aber alternative damit auch noch den Beweis nach, daß, auch wenn der Präsentant den Originalwechsel am Tage des gegen Symons levirten Protestes erhalten, der Kläger gleichwohl bei den ihm, ohngeachtet der Verspätung des Wechsels annoch regreßpflichtigen Wechselinteressenten, seine Befriedigung ganz oder theilweise nicht gefunden haben würde. Denn die Verpflichtung des Beklagten beschränke sich darauf, dem Kläger den durch die Nichtlieferung des Originalwechsels erlittenen Schaden zu ersetzen, dieser Schaden bestehe aber bloß darin, daß er durch die Entbehrung des Originals an dem Regreß gegen solche Wechselinteressenten behindert worden sei, welche ihm trotz der verspäteten Präsentation der Wechselcopie noch verhaftet waren; und es würde daher aus der Nichtlieferung des Originals überall kein Schaden für den Kläger hervorgegangen sein, wenn selbst mit dem Original kein wirksamer Regreß gegen Jene habe genommen werden können. — Durch eine weitere Appellation des Beklagten gelangte die Sache nunmehr an das Oberappellationsgericht.

§. 7.

Sieht man nun auf die Idee, welche den Entscheidungen der beiden ersten Instanzen zum Grunde liegt, so ist sie, da nach den Vorschriften der hamburgischen Wechselordnung die Verspätung der Präsentation oder Prote-

Digitized by Google

station eines Wechsels unbedingt den Verlust der Rechte und Ansprüche an den Prinzipal-Aufnehmer und die Indossanten zur Folge hat [19]), offenbar keine andere als die, daß durch das Indossiren einer Wechselcopie außer den gewöhnlichen wechselmäßigen Verpflichtungen, auch noch die besondere, daneben bestehende Verbindlichkeit gegen den Indossaten und dessen Hintermänner übernommen werde, ihnen für die Auslieferung des Originalwechsels haften zu wollen; so daß, wenn auch die Ansprüche aus jenen gewöhnlichen wechselmäßigen Verpflichtungen wegfallen, doch an sich das Recht, die Lieferung des Originalwechsels zu verlangen, und eine hierauf aus einem besonderen Fundamente gegründete Klage damit noch nicht cessire. Allein zur Annahme einer solchen besonderen, außer dem eigentlichen Wechselgeschäfte liegenden Verpflichtung ist zuvörderst bei dem bloßen Indossanten der bereits von einem früheren Vormanne angefertigten und in Circulation gesetzten Copie kein ausreichender Grund vorhanden. Denn, sieht man zunächst auf die Form des vorgenommenen Geschäfts, so wird von dem Indossanten einer Wechselcopie gar keine abgesonderte Zusicherung über die Lieferung des Originalwechsels geleistet, sondern das Indossament hat ganz die gewöhnliche Form, in welcher es auch auf Originalwechseln vollzogen zu werden pflegt. Darin liegt aber an sich nichts weiter als die Uebertragung der dem Indossanten aus dem Wechsel gegen alle Wechselverbundenen zustehenden Rechte, verbunden mit der Verpflichtung für den richtigen Eingang des Wechselbelaufes insofern haften zu müssen, als der Indossat und dessen Hin-

[19]) Hamburg. W. O. Art. 27, 38, 45.

Digitized by Google

termänner ihren Verbindlichkeiten, den Wechſel zur gehörigen Zeit zum Accepte und zur Zahlung zu präſentiren gebührend nachkommen. Die Behauptung, daß mittelſt der Copie das Original des Wechſels verkauft worden ſei, iſt alſo, da das Indoſſament hierüber nichts beſagt, eine wahre petitio principii. Beſtände aber auch bei einer Wechſelcopie die beſondere Verpflichtung, für die Lieferung des Originals haften zu müſſen, ſo wäre dieſe jedenfalls nicht beſonders von dem Indoſſanten, übernommen, ſondern höchſtens von demjenigen contrahirt, welcher die Copie angefertigt und eine Anweiſung zur Beziehung des Originals hinauf geſchrieben hat, und gehörte dann der desfallſige Anſpruch nur zu denjenigen, welche der Indoſſant mittelſt des Indoſſamentes auf den Indoſſaten übertragen hat, und für deſſen Realiſirung er ſelbſt nur aus dem Indoſſamente, mithin nur wechſelrechtlich haftet. Folglich iſt auch kein Grund vorhanden, ihn dann hiefür noch für verpflichtet zu achten, wenn er als Indoſſant überall nicht weiter in Anſpruch genommen werden kann.

§. 8.

Aber die Verbindlichkeit, für die richtige Auslieferung des Originalwechſels einſtehen zu müſſen, iſt auch keineswegs eine ſelbſtſtändige, ſondern dem Inhaber des Wechſels iſt dieſe Auslieferung bloß als ein Mittel, um zur Bezahlung des Wechſels zu gelangen, zu gewähren. Hätte z. B. der Inhaber dieſe Zahlung auch ohne jenes Mittel erlangt, ſo würde an einen beſonderen Anſpruch deſſelben auf Herbeiſchaffung des Originals nicht zu denken ſein. Es macht demnach jene Verpflichtung nur einen Theil der allgemeinen Verbindlichkeit, für die richtige Zahlung zu haften, aus, und iſt denſelben Bedingungen, wie dieſe un-

Digitized by Google

terworfen. Hat mithin der Inhaber durch verspätete Präsentation und Protestation des Wechsels sich des Rechtes, von dem Indossanten eine Garantie für die richtige Bezahlung desselben fordern zu dürfen, verlustig gemacht, so kann er auch keine Gewährleistung mehr dafür von ihm verlangen, daß derselbe die Hülfsmittel, um zur Zahlung zu gelangen, gehörig ausgeliefert erhalten werde. Dagegen läßt sich denn auch nicht der Einwand geltend machen, daß sonach, wie oben bereits gezeigt wurde, der Käufer einer girirten Wechselcopie sich in gewisser Hinsicht in einer ungünstigeren Lage befindet, als derjenige, welcher vom Verkäufer einen Originalwechsel geliefert erhalten hat; denn dieser Umstand kann den Käufer wohl veranlassen, die Annahme einer Copie abzulehnen; hat er sie aber einmal angenommen, so hat er sich auch dem damit verknüpften Risiko unterworfen, und muß dasselbe für ihn ein Sporn sein, auf die Beobachtung seiner Obliegenheiten aus dem Wechselgeschäfte eine desto größere Sorgfalt zu verwenden. Findet sich ja doch in mehreren Wechselgesetzen rücksichtlich der girirten Secunden, worauf die acceptirte Prima abgefordert werden soll, die bestimmte Vorschrift, daß, wenn bei der Präsentation oder Protestirung wegen Nichtauslieferung gegen den Inhaber der letzteren etwas versäumt oder versehen ist, damit der Regreß gegen die Vormänner verloren sein soll [20]). Gleichwohl ist auch die Secunda ohne die acceptirte Prima nicht in aller Hinsicht genügend, um darauf diejenigen belangen zu können, gegen welche noch nach der eingetretenen Versäumniß ein Anspruch statt findet, namentlich ist sie dieses nicht gegen den Ac-

[20]) Leipz. W. O. §. 28. Brem. W. O. Art. 47.

Digitized by Google

ceptanten; und daß die Copie noch ungenügender ist, kann in der rechtlichen Ansicht der Sache keinen Unterschied machen.

§. 9.

Endlich läßt sich auch nicht etwa, wie dieses wohl von einigen Schriftstellern über das Wechselrecht geschehen ist[21]), der Grundsatz aufstellen, daß der Wechselinhaber durch die Verspätung der Präsentation und des Protestes zwar wohl das Wechselrecht gegen seine Vormänner verliere, aber doch gegen dieselbe einen im Wege des ordentlichen Prozesses geltend zu machenden gemeinrechtlichen Anspruch auf Erfüllung des Geschäfts oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen seinen Vormann und dessen Auctoren behalte. Denn in den Gesetzen, in der Natur der Verhältnisse, und in der Praxis ist dieser Satz keinesweges begründet. Die Wechselgesetze, und namentlich die hamburgische Wechselordnung, lassen in einem solchen Falle meistentheils weiter gar keine Ansprüche an die Vormänner, höchstens mit Ausnahme des Trassanten[22]), mehr zu, son-

---

[21]) S. z. B. Gottl. Hufeland primae lineae doctrinae de protestatione cambiali. Ienae, 1799. §. 62.

[22]) Diese Ausnahme macht z. B. das französische Recht, Code de Com. art. 116, 117; 168—170 coll. 189, insofern nicht der Trassant zu beweisen vermag, daß er zur Verfallzeit bei dem Bezogenen durch alte Forderungen oder neue Uebermachungen den Wechsel gedeckt hatte; und beruhet die gedachte, auch in manchen anderen Wechselordnungen, nur bisweilen mit Uebertragung der Beweislast auf den Wechselinhaber anzutreffende Vorschrift darauf, daß es die Pflicht des Trassanten ist, für Deckung zu sorgen, und daß, wenn er dieses nicht gethan hat, er nicht befugt sein kann, die für den Wechsel eingenommene

dern verweiſen den Inhaber des Wechſels lediglich an den Acceptanten; und es würde geradezu gegen dieſe Vorſchrift verſtoßen, wenn man nun doch noch eine Klage im ordentlichen Prozeſſe gegen Jene aus Verhältniſſen geſtatten wollte, welche regelmäßig bei jedem Wechſelgeſchäfte eintreten, wie dieſes namentlich der Fall ſein würde, wenn man dem Indoſſatar, nachdem der Wechſel bereits präjudicirt war, noch eine Klage aus dem Indoſſamente, daſſelbe als eine Ceſſion betrachtet, zugeſtehen wollte [23]). Die Natur der Verhältniſſe bringt es ferner mit ſich, daß der Inhaber eines Wechſels, inſofern er ſich als Mandatar ſeiner Vormänner angeſehen wiſſen, und ſich ſeine Anſprüche aus dieſem Mandatsverhältniſſe erhalten will, auch ſeinerſeits den gehörigen Fleiß anwende, für die zeitige Präſentation des Wechſels zur Verfallzeit Sorge trage [24]), mithin auch, wenn er bloß eine girirte Secunda oder Copie beſitzt, ſich zur rechten Zeit auf dem ihm angewieſenen

---

Valuta zu behalten, weil er ſich ſonſt mit fremdem Schaden bereichern würde. Exposé des motifs du Code de Commerce, dans l'edit. de 1808. pag. 20, 21. Locré ésprit du C. d. C. Tom. 2. pag. 64 — 7.

[23]) Dieſe Verwandlung des Indoſſaments in eine Ceſſion hätte aber auch in unſerm Falle nicht zu einer Verurtheilung des Beklagten führen können; denn da der Cedent nur für die Veritàt, nicht aber für die Bonität der cedirten Rechte einſteht, ſo hätte er doch nur dafür haften müſſen, daß gegen ſeine Vormänner, und namentlich gegen den Ausſteller, ſo wie allenfalls auch gegen Symons ein Anſpruch auf Lieferung des Originals beſtehe, nicht aber dafür, daß ſolches auch wirklich herbei geſchafft werde.

[24]) Vgl. Abhdl. 25. §. 1, 4.

Digitized by Google

Wege die für die Einforderung der Zahlung nothwendige Prima verschaffe, und im Entstehungsfall sich durch die Levirung eines Protestes mit dem erforderlichen liquiden Beweismittel versehe, durch dessen Einhändigung er den von ihm belangten Vormann in den Stand setzt, seinen Regreß auf eine schnelle, leichte und sichere Weise weiter suchen zu können. Versäumt er dieses, so ist das ein vertragswidriges Verschulden von seiner Seite, wovon mithin er den Nachtheil und Schaden tragen muß; und führt dieses in Betreff der Indossanten, denen der weitere Regreß gegen ihre Indossanten nach den mehrsten Gesetzen nun gar nicht mehr gestattet, und denen er doch jedenfalls sehr erschwert ist, dahin, daß der Inhaber sie jetzt von der Nothwendigkeit solcher weiteren Regreßnahme befreien, mithin sie ganz ex nexu lassen, und selbst unmittelbar auf den Trassanten zurück gehen muß. Und so wird es denn auch in der Praxis gehalten.

§. 10.

Nur insofern müßte dieses eine Ausnahme erleiden, als bei einem der Vormänner ein besonderer Verpflichtungsgrund oder ein Umstand, welcher die ansonst unstatthaft gewordene Klage aufrecht zu erhalten vermöchte, vorhanden wäre; z. B. wenn dieser Vormann eine specielle Garantie für die Bezahlung oder die Lieferung des Originalwechsels übernommen, wenn er doloser Weise die Einlösung oder Auslieferung des Wechsels verhindert hätte, oder wenn er sich ansonst aus dem Geschäfte mit dem Schaden des Inhabers widerrechtlich bereichern würde. Von solchen besonderen Verpflichtungsgründen war aber in dem oben erwähnten Falle keiner vorhanden; und es wies daher das Oberappellationsgericht am 15ten December 1823

Digitized by Google

den Kläger Ruben mit seiner auf Herbeischaffung des Originalwechsels und eventualiter auf Entschädigung angestellten Klage schlechthin ab.

§. 11.

Zweifelhafter würde allerdings die Sache gewesen sein, wenn die Klage nicht gegen einen bloßen Indossanten der Copie, sondern gegen den Aussteller derselben, welcher das Original zur Besorgung der Acceptation an Symons nach London eingesandt hatte, erhoben worden wäre. Denn, wer die Copie verfertigt und in Circulation setzt, erscheint in der That zugleich als Aussteller derselben, und steht in dieser seiner Eigenschaft in analogen Verpflichtungen, als der Trassant des Wechsels [25]); auch könnte man geneigt sein anzunehmen, daß wenigstens er durch die von ihm auf die Copie gesetzte Anweisung, wo das Original zu finden sei, eine specielle Verpflichtung zur Lieferung desselben übernommen habe. Allein diese Gründe können doch keineswegs dahin führen, ihn unbedingt zur Herbeischaffung des Originalwechsels für verpflichtet anzusehen. Denn, abgesehen davon, daß jene Verpflichtung nach dem oben Bemerkten nicht als eine selbstständige betrachtet und geltend gemacht werden kann, so enthält die erwähnte Bemerkung auf der Copie doch nur eine Anweisung für den Inhaber, und muß derselben, da sie auf dem Copiewechsel selbst und nur zu dem Endzwecke, um aus dem Wechsel Zahlung zu erhalten, ertheilt ist, von ihm mit der gleichen Strenge Folge geleistet werden, als jeder anderen in einem gewöhnlichen Originalwechsel enthaltenen Anweisung. So wie daher der Inhaber dieser, namentlich was die zeitige

[25]) Ueber Wechselduplicate §. 32. a. E., S. 56.

Digitized by Google

Präſentation und Proteſtation anbetrifft, bei Verluſt ſeines Regreſſes nachkommen muß, und nur noch einen Anſpruch auf dasjenige gegen den Traſſanten behält, wodurch dieſer ſich ſonſt unrechtmäßiger Weiſe bereichern, oder was er ſonſt ungebührlich aus dem Geſchäfte behalten würde; ſo muß auch derjenige, welcher eine Wechſelcopie annimt, dieſelb ezur gehörigen Zeit dem Inhaber des Originals präſentiren, und dieſes darauf abfordern. Widrigenfalls verliert er gegen den Ausſteller der Copie ſeinen Anſpruch auf Garantie für die Lieferung des Originals, und kann — wenn kein anderweitiger beſonderer Verpflichtungsgrund vorliegt — nur eine Abtretung der Rechte verlangen, die demſelben gegen die übrigen Wechſelintereſſenten, und gegen ſeinen mit der Beſorgung des Accepts auf dem Originale beauftragten Correſpondenten zuſtehen. Wenn aber derſelbe ſolche Rechte, z. B. gegen den Correſpondenten, der ohne ſein Verſchulden des Originals verluſtig gegangen wäre, nicht hätte; oder wenn er die zur Realiſirung derſelben erforderlichen Beweismittel nicht beſäße; ſo würde der Inhaber der Copie, ſelbſt gegen den Ausſteller derſelben keine Anſprüche mehr geltend machen können.

Digitized by Google

XXVII.

Pflichten des Inhabers eines domiciliirten Wechsels.

§. 1.

Der Umstand, daß nicht jeder Handelsplatz zugleich ein Wechselplatz ist, und daß derjenige, auf welchen an einem Nichtwechselplatze eine Tratte gezogen werden soll, auf dem benachbarten Wechselplatze entweder keinen Handelsfreund hat, auf den er direct für seine Rechnung trassiren lassen könnte oder wollte, hat die Einrichtung herbeigeführt, daß häufig Wechsel auf Jemanden abgegeben werden, welche dieser nicht an seinem Wohnorte selbst, sondern auf einem andern Wechselplatze, in dem sogenannten Wechseldomicil, bezahlen lassen soll [1]). Die Wechselordnungen gestatten dieses Verfahren ohne Anstand, und verordnen nur, daß wenn schon bei der Ausstellung des Wechsels die Absicht war, daß derselbe an einem dritten Orte zahlbar sein sollte, dieser Ort von dem Trassanten in der Tratte namhaft gemacht werden soll [2]). Der Inhaber eines solchen domiciliirten Wechsels muß sich nun mit diesem zur Annahme bei dem Trassaten

---

[1]) Büsch Darstellung der Handlung, B. 1. S. 109, 110. Ausg. 3.

[2]) Leipz. W. O. §. 16. Preuß. Landr. II, 8. §. 942. Hannov. W. O. v. J. 1822. Art. 7. Code de Com. art. 111. Niederl. Handelsgesetzb. I, 7. Art. 2. Chitty on bills of exchange pag. 117, 8. ed. 5.

Digitized by Google

in dessen Wohnorte melden, nicht im Domicil; denn einentheils fehlt es wenigstens in der Regel noch an der Benennung dessen, der im Domicil die Zahlung leisten soll, und anderntheils, so ist jedenfalls bei dem domiciliirten Wechsel die Absicht die, daß nur der Trassat selbst sich zur Bezahlung des Wechsels wechselrechtlich verpflichten soll, also bedarf es seiner Acceptation, nicht dessen, der demnächst für ihn die Zahlung leisten soll [5]). Wird nun dem Trassaten der Wechsel zur Acceptation vorgelegt, so hat er außer dieser auch noch darauf die Addresse zu bemerken, welche im Domicil die Zahlung leisten soll; und unterläßt er dieses, so muß deshalb gegen ihn, wegen der sonach mangelhaften Annahme, Protest erhoben werden [†]). Ist aber der Wechsel gehörig angenommen, und mit der erforderlichen Addresse versehen, so kann demnächst am Verfalltage die Zahlung nicht bei dem Acceptanten, sondern nur bei der Addresse im Domicil gefordert werden; denn nur hier,

[5]) Niederl. Handelsr. I. 7. Art. 76. Anders verhält es sich nach französ. Rechte, wenn der Trassat für die von ihm einzugehende Wechselverbindlichkeit ein bestimmtes Domicil erwählt hat; denn dann kann der Wechsel ihm auch dort zur Annahme präsentirt werden; nothwendig ist das aber nicht. Vincens Exposition de la législation commerciale Tom. 2. pag. 258 — 260. Es ist das übrigens ein ganz anderer Fall, als mit dem wir es hier zu thun haben.

[†]) Brem. W. O., Art. 27. Preuß. Landr. a. a. O. §. 999, 1000. Weimar. W. O. v. J. 1819. §. 68. Consulatordn. v. S. Sebastian v. J. 1766. Kap. 12. Art. 34. (bei v. Martens vom Ursprunge des Wechselr. S. 195). Code de Com. art. 123. Niederl. Handelsr. I, 7. Art. 17. Siegel Einleit. in d. Wechselr. S. 94. Gries D. de literarum cambial. acceptat. Jenae 1800. §. 9.

Digitized by Google

aber auch hier, hat der Acceptant Zahlung zu leisten versprochen. Und da ferner nur an dem Orte, wo die schuldige Zahlung nicht geleistet wird, der Protest wegen unterbliebener Zahlung erhoben werden kann, so folgt daraus zugleich, daß in einem solchen Falle der Protest Mangel Zahlung im Domicil und nicht am Wohnorte des Acceptanten belegt werden muß [5]). Und nur so viel läßt sich behaupten, daß wenn im Domicil gehörig protestirt ist, dann der Inhaber des Wechsels wohl befugt sei, nunmehr auch vom Acceptanten an dessen Wohnorte die Zahlung zu verlangen [6]). Erfolgt die Zahlung im Domicil, so ist damit das Wechselgeschäft beendigt, eben so gut, als wenn der Acceptant selbst die Zahlung leistet, und es tritt nur bei der Auslieferung und Quittirung des Wechsels das Besondere ein, daß der Zahlende wohl eine zweite, jedoch nur einfach gültige Quitung verlangen kann [7]).

§. 2.

Erfolgt die Zahlung im Domicil nicht, und es ist deshalb mit der Protestation gehörig verfahren, so hat der In-

---

[5]) Brem. W. O. a. a. O. Preuß. Landr. a. a. O. §. 1112. (Sieveking) Materialien z. Wechselr. §. 136. Hannov. W. O. §. 26. Code de Com. art. 173. Niederl. Handelsr. I, 7. Art. 17, 79. Chitty l. c. pag. 333, 4.

[6]) l. 19. §. 4. D. de iudiciis (5, 1). l. 1, 10. D. de eo, quod certo loco (13, 4). Thibaut System d. Pandekten B. 1. § 96. Schweppe röm. Privatr. §. 383. — Nothwendig ist es aber keinesweges, nun noch erst von dem Acceptanten selbst die Zahlung zu fordern, ehe man auf die Vormänner zurück geht. Chitty loco modo cit.

[7]) Consulatordn. v. S. Sebastian Kap. 12. Art. 42. (v. Martens a. a. O. S. 199, 200).

Digitized by Google

haber seinen Regreß an alle diejenigen, an welche er sich auch bei einem protestirten gewöhnlichen Wechsel halten könnte, und er kann selbst den Acceptanten wechselrechtlich in Anspruch nehmen[8]), und dieses unbedenklich selbst dann, wenn derselbe auch für die erforderliche Deckung gesorgt haben, und doch die Einlösung des Wechsels im Domicil aus irgend einem Grunde nicht erfolgt sein sollte; denn er hat in dieser Hinsicht seinen dortigen Mandatar eben so gut zu vertreten als der Trassant und die Indossanten den Bezogenen. Gesetzt hingegen, es hätte sich der Inhaber bei der Protestation ein Versehen zu Schulden kommen lassen, z. B. er hätte den Wechsel zu spät zur Zahlung präsentirt, oder er hätte es versäumt wegen verweigerter Zahlung einen Protest zu erheben, oder von dem erhobenen Proteste den Vormännern und dem Acceptanten zeitig Nachricht zu ertheilen, so kann soviel keinem Zweifel unterliegen, daß diese Versäumniß auf das Rechtsverhältniß der Vormänner ganz denselben Einfluß äußern muß, als wenn bei einem gewöhnlichen Wechsel in der Präsentation zur Zahlung an den Acceptanten oder bei der Protestation gegen denselben etwas versäumt worden wäre. Denn die Addresse im Domicil erscheint bei der Zahlung ganz als Stellvertreter des Acceptanten. Mithin geht in einem solchen Falle der wechselrechtliche Regreß gegen sämtliche Vormänner unbedingt, und nach den Grundsätzen der mehrsten Wechselordnungen überhaupt jeder Regreß an die Indossanten verloren, und es bleibt nur gegen den Trassanten ein Anspruch im Wege des ordentlichen Prozesses, insoweit er sich sonst mit dem Schaden des Inhabers bereichern würde.

---

[8]) Preuß. Landr. a. a. O. §. 1113.

Digitized by Google

§. 3.

Eine andere Frage ist aber die: welchen Einfluß eine solche Versäumniß auf den Acceptanten selbst äußert. Es ist nämlich der angenommene Grundsatz bei gewöhnlichen gezogenen und acceptirten Wechseln, daß, wenn solche auch dem Acceptanten nach dem Verfalltage zur Zahlung präsentirt werden, er solche Zahlung gleichwohl leisten muß, und sich zu seiner Entfreiung nicht darauf berufen kann, daß der Wechsel ihm zu spät präsentirt worden sei; daß mithin, wenn der Acceptant die Gefahr der für die Einlösung eines verfallenen Wechsels bestimmten Summe nicht weiter tragen will, er dem, da eine Oblation an den unbekannten Inhaber des Wechsels nicht möglich ist, nur dadurch entgehen kann, daß er diese Summe zur gerichtlichen Deposition bringt. Bei dieser Deposition ist dann nur die durch die Natur der Verhältnisse gebotene Eigenthümlichkeit angenommen, daß derselben keine Oblation an den Gläubiger und keine Citation an denselben, um der Deposition beizuwohnen, vorherzugehen braucht[9]). Dieser Grundsatz rechtfertigt sich denn auch durch die nicht selten aufgestellte Be-

---

[9]) Leipz. W. O. §. 12, 16. a. E. Weimar. W. O. §. 95. Widow D. de depositione iudiciali debiti cambialis Goetting. 1795. sect. 1. cap. 1. Runde Grundſ. d. d. Privatr. §. 247. Ludovici Wechſelproz. Kap. 4. §. 86. Auch in Frankreich, wo in gewöhnlichen Fällen der Deposition eine Realoblation und eine Ladung an den Gläubiger vorher gehen muß (Code civil art. 1257 — 9), bedarf es zufolge eines fortwährend gültigen Gesetzes vom 20sten Julius 1795 bei der Deposition einer Wechselschuld dessen nicht. Pardessus éléments de jurisprudence commerciale pag. 260 — 2; u. Cours de droit commercial, Tom. 2. pag. 124 — 131.

Digitized by Google

hauptung, daß die Wechselstrenge nur zum Besten, aber nicht zum Nachtheil des Wechselgläubigers angeordnet sei [10]), und dadurch, daß der Inhaber eines Wechsels zwar wohl zu seinen Vormännern in einem Mandatsverhältnisse steht, und deshalb ihnen zu allem Fleiß verpflichtet ist, wenn er sich den Regreß an dieselben erhalten will, daß er aber sich gegen den Acceptanten überall nicht in einem solchen, sondern nur in dem gewöhnlichen Verhältnisse eines Gläubigers zum Schuldner befindet, der gegen den Letzteren nur Rechte, aber keine Verbindlichkeiten hat. Ja wollte man auch nach der eigenthümlichen Natur der Wechselverbindlichkeiten annehmen, daß der Inhaber des Wechsels, welcher am Verfalltage vom Acceptanten nicht die Zahlung fordert, dadurch ohne Weiteres in Verzug, in mora accipiendi, versetzt werde, so würde dieses doch an jenem Resultate nichts ändern, da hier die Forderung auf keine bestimmte species, sondern nur auf ein genus, auf eine Summe Geldes gerichtet ist, derjenige aber, der diese schuldet, auch wenn die übrigen Erfordernisse einer mora accipiendi des Gläubigers vorhanden sind, so lange immer noch die Gefahr trägt, bis er die species, womit er seine Verbindlichkeit erfüllen will, von seinem übrigen Vermögen gehörig abgesondert hat [11]).

§. 4.

Was nun so bei gewöhnlichen Wechseln vom Acceptanten gilt, das scheint auch bei domiciliirten Wechseln zur

---

[10]) S. z. B. Klein merkwürd. Rechtsspr. B. 1 S. 32.

[11]) l. 72. pr. D. de solution (46, 3). Schweppe röm. Privatr. §. 290.

Digitized by Google

Anwendung kommen zu müssen, wenn der Inhaber sie bei der aufgegebenen Addresse zu spät zur Zahlung präsentirt, wenn selbst wegen dieser Verspätung, durch Insolvenz jener Addresse, oder durch andere Zufälle die der Acceptant nicht verschuldet hat, die von demselben übermachte Deckung verloren gegangen sein sollte. Denn es scheint, als werde durch die Hinzufügung eines Domicils das Verhältniß des Inhabers zum Acceptanten gar nicht verändert, und als sei letzterer mit der von ihm aufgegebenen Addresse in der Maaße identisch, daß Alles was in Beziehung auf diese geschieht, eben so angesehen werden müsse, als wenn es gegen ihn selbst geschehen oder unterlassen wäre; so daß mithin seine gänzliche Befreiung nur dadurch erfolgen könne, wenn die Addresse im Domicil für ihn den Betrag des Wechsels deponirt, oder er selbst solche Deposition beschafft [12]). Erwägt man aber die hier einschlagenden Verhältnisse genauer, so zeigt sich in der That eine wesentliche Verschiedenheit der domiciliirten Wechsel von den gewöhnlichen; und erscheint bei jenen der Acceptant in ähnlichen Verhältnissen, wie bei den gewöhnlichen Wechseln der Trassant. So wie Letzterer für Deckung und Zahlung des Wechsels im Wohnorte des Trassaten zu sorgen hat, so liegt es in jenem Falle dem Acceptanten ob, für Beides im Domicil Sorge zu tragen. So wie der Trassant den Wechselnehmer anweist die Zahlung zur gehörigen Zeit bei dem Tras-

[12]) Dahin scheint die Vorschrift der brem. W. O. Art. 27. a. E. zu gehen, wo es von domiciliirten Wechseln heißt:.. „Da aber im Gegentheil der Inhaber niemand zur Einziehung der Gelder bestellen würde, mag derjenige, der die Bezahlung zu thun hat, solches versiegelt gerichtlich deponiren, und auf solche Weise von aller ferneren Ansprache sich befreien.

Digitized by Google

saten zu suchen und zu empfangen, so ertheilt der Acceptant dem Präsentanten die gleiche Anweisung auf den, bei welchem der Wechsel domiciliirt wird. So wie daher der Wechselnehmer gegen den Trassanten die Verbindlichkeit contrahirt und solche auf seine Hintermänner überträgt, am Verfalltage vom Acceptanten die Zahlung zu verlangen, so übernimt er auch gegen diesen Letzteren die Verbindlichkeit, im Domicil zur gehörigen Zeit die Zahlung zu suchen. Auch entspricht es der Wechselstrenge allerdings, daß auch der Inhaber des Wechsels verpflichtet geachtet werde, sich präcise am Verfalltage zur Empfangnahme der Zahlung einzustellen; denn je strenger und drückender eine übernommene Verpflichtung ist, ein desto größeres Interesse hat der Verpflichtete, davon baldigst befreiet zu werden [13]). Versäumt mithin der Inhaber des domiciliirten Wechsels die zeitige Einforderung der Zahlung im Domicil, so läßt er sich auch gegen den Acceptanten eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen, und verletzt diejenigen Pflichten, welche ihm aus dem übernommenen Auftrage gegen denselben obliegen. Nun ist es aber ein allgemeiner Grundsatz, daß der Mandatar, welcher es an der erforderlichen Betriebsamkeit hat fehlen lassen, seinem Mandanten für den dadurch erlittenen Schaden aufzukommen rechtlich verpflichtet ist; und dieser Grundsatz tritt selbst bei einem mandatum in rem suam, wie das des Wechselinhabers ist, insoweit ein, als der procurator aus dem ihm übertragenen Geschäfte noch einen Anspruch an seinen Mandanten zu machen gemeint ist.

---

[13]) So ist namentlich die Ansicht des französischen Handelsrechts, Code de Com. art. 161, 2. coll. Locré Esprit du Code de Com. Tom. 2. pag. 229 — 231.

Digitized by Google

§. 5.

Die Frage findet sich übrigens in unsern Wechselgesetzen und bei den Schriftstellern über das Wechselrecht selten berührt; doch verordnet bereits das preußische Landrecht, daß wenn die aufgegebene Addresse keine Zahlung leistet, wider sie ein Protest erhoben werden soll, und heißt es dann weiter:

„Alsdann ist der Acceptant, welcher den Wechselinhaber an die Addresse verwiesen hat, wechselmäßig verhaftet [14]);"

es läßt also wenigstens die wechselrechtliche Verpflichtung des Acceptanten wegfallen, wenn jene Protestation unterblieben, und, wie es scheint, auch dann, wenn dabei nur etwas versäumt sein sollte. Noch bestimmter ist in dieser Hinsicht das neue niederländische Handelsgesetzbuch, indem es verordnet:

„Wenn der Acceptant die nöthige Deckung gehöriger Weise nach dem angezeigten Domicilium besorgt hat, und der Gedomiciliirte nach Ablauf des Verfalltages fallirt, ohne daß der Inhaber den Protest zu rechter Zeit hat aufmachen lassen: so ist der Acceptant entschlagen [15])."

Auf gleiche Weise äußert sich der einzige Schriftsteller bei dem wir den Punkt berührt gefunden haben, Mann, dahin „der Protest Mangel Zahlung kann nur in dem angegebenen Domicil gemacht werden. Ein Protest in der Wohnung des Bezogenen selbst würde null sein, und wenn dieser demjenigen, in dessen Domicil der Wechsel zahlbar war, die An-

---

[14]) Preuß. Landr. a. a. O. §. 1113.

[15]) Niederl. Handelsr. I, 7. Art. 18. Vgl. Art. 105. ebendas.: wo selbst in Betreff eingehändigter Anweisungen auf den Cassierer auf dem Platze die Verpflichtung sanctionirt ist, sie bei Verlust des Regresses in den nächsten sechs Tagen einzufordern.

Digitized by Google

schaffung zur Bezahlung wirklich übermacht hätte, und Letzterer nachher fallirte, so würde der Inhaber seinen Regreß sogar gegen den Bezogenen verlieren [16]." Ueberall findet sich also das Prinzip anerkannt, daß wenn der Inhaber des domiciliirten Wechsels in der Einforderung der Zahlung bei der Addresse etwas versehen oder versäumt hat, woraus für den Acceptanten ein Schaden hervorgegangen ist, er demselben dafür gerecht werden muß, und solchen Schaden nicht auf den unschuldigen Acceptanten wälzen kann.

§. 6.

Hiegegen läßt sich dann auch nicht einwenden, daß der Acceptant selbst bei gewöhnlichen Wechseln noch immer verhaftet bleibt, wenn auch die Präsentation zur Zahlung verspätet worden seyn sollte; denn es ergiebt die wesentliche Verschiedenheit der domiciliirten vor gewöhnlichen Wechseln, daß während bei letzteren der Inhaber gegen den Acceptanten nur die Rechte des Gläubigers hat, bei den domiciliirten Wechseln ihm zugleich gegen denselben die Verbindlichkeiten obliegen, die aus der Annahme des Auftrages, die Zahlung des Wechsels im Domicil zu suchen, hervorgehen. Eben so unpassend erscheint es ferner, wenn man hieher die Grundsätze über das Tragen der Gefahr bei einer obligatio generis ziehen wollte; denn diese befreien den Mandatar nicht von der Verbindlichkeit für den durch seine Nachlässigkeit entstandenen Schaden einstehen zu müssen, wie es denn z. B. keinem Zweifel unterliegen würde, daß derjenige welcher mit der Eincassirung einer fremden Forderung beauftragt ist, für den Verlust dieser Forderung aufkommen müßte, wenn während seiner Zögerung der Schuldner zahlungsunfähig werden oder

[16]) Mann Handelsgesetzb. d. französ. Reiches S. 493, 4.

diese Forderung sonst verloren gehen sollte. Sodann aber hat der Acceptant, welcher die Addresse im Domicil mit gehöriger Deckung versehen hatte, den zur Einlösung des Wechsels erforderlichen Betrag von seinem übrigen Vermögen ja auch schon völlig getrennt und ausgeschieden, und hebt sich dadurch der gemachte Einwurf vollständig. Dieses zeigt sich wieder klar durch die Analogie des Trassanten. So wie nämlich dieser in dem Falle, wenn der Inhaber mit dem Incasso des Wechsels gesäumt hat, ohne Weiteres vom Regresse befreiet wird, wenn er nur den Acceptanten gehörig mit Deckung versehen hatte; so muß auch in dem Falle, wenn ein domiciliirter Wechsel vorhanden ist, der Bezogene von der übernommenen Verbindlichkeit befreiet werden, wenn er demjenigen, bei welchem der Wechsel domiciliirt war, die Deckung übermacht hatte, und diese in Folge jener Versäumniß, sei es durch Concurs des Dritten oder sonst, verloren gegangen ist.

§. 7.

Nach diesen Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht am 22sten Juni 1821 in Sachen Grünhagen und Fothergill contra N. H. Müller im folgenden Rechtsfalle. — Im Jahre 1813 hatte das klagende Handlungshaus zu Königsberg, was damals aber noch allein aus Grünhagen bestand, eine Quantität Waaren in Verkaufscommission an den Beklagten Müller nach Lübeck eingesandt, und nachdem dieselben realisirt worden, am 9. Juli 1813 über den Erlös verschiedene Wechsel auf denselben in hamburger Banco, neun Wochen nach dato, zahlbar in Hamburg trassirt. Müller acceptirte solche Wechsel, fügte dem Domicil die Addresse eines hamburgischen Hauses bei, und versah dieses zur Verfallzeit mit der gehörigen Deckung, so daß auch die

Digitized by Google

mehrsten dieser zur rechten Zeit in Hamburg präsentirten Wechsel gehörig honorirt wurden. Von zweien dieser Wechsel aber waren die girirten Secunden bei dem damals gehemmten ordentlichen Postenlaufe, bei den Indossataren in Berlin über die Zeit liegen geblieben, und gelangten erst im Juni 1814 nach Hamburg. Unterdessen aber war im Anfange des Novembers von den Franzosen die hamburgische Bank und mit derselben auch die von Müller zur Einlösung für jene Wechsel übermachte Deckung weggenommen, und es wurde daher, als im Juni 1814 die Tratten im Domicil zur Einlösung präsentirt wurden, solche von der aufgegebenen Addresse aus dem Grunde verweigert, weil die Deckung unterdessen verloren gegangen sei. Auch der Acceptant verweigerte die Einlösung derselben, weil der damalige Inhaber die Wechsel zu spät nach Hamburg befördert habe, und somit an dem eingetretenen Verluste selbst schuld sei. Die Inhaber gingen nun auf ihre Vormänner zurück und wurden auch von den preußischen Gerichten mit ihrem Regresse an dieselben zugelassen. So kamen zuletzt die Wechsel an die obenerwähnte Handlung retour, und nahmen diese daraus den Acceptanten anfangs im Wechselprozesse, und demnächst, als dieser für unzulässig erkannt war, im ordentlichen Prozesse in Anspruch. Man ließ sie mit der Klage zu [17]), der Beklagte aber machte gegen sie, die jedenfalls nur aus dem Rechte des früheren Inhabers klagen könnten, die

[17]) Ob dieses zufolge des preuß. Landr. II, 8. §. 1132—6; wonach die Legitimation der Kläger zur angestellten Klage zu beurtheilen war, hätte geschehen sollen, stand bei dem OAGerichte nicht mehr in Frage, und ist für den uns jetzt interessirenden Punkt gleichgültig.

Digitized by Google

Einrede der verspäteten Präsentation zur Zahlung im Domicil und des dadurch herbeigeführten Verlustes der Deckung geltend, und erbot sich nur zur Herausgabe der ihm angefallenen Dividende aus dem von der französischen Regierung für die geraubte Bank geleisteten theilweisen Ersatze[18]). Die Kläger aber meinten dagegen einentheils: jener Verlust könne nicht sie, sondern müsse den Beklagten treffen, und machten es anderntheils geltend, daß damals der gewöhnliche Postenlauf gehemmt gewesen, und daher die Zögerung ohne Verschulden des damaligen Inhabers der Secunden eingetreten sei.

§. 8.

Der Fall war, soviel das Rechtsverhältniß des Beklagten und des Wechseldomicils betraf, nach dem zur Zeit der Acceptation und Zahlung in Hamburg und Lübeck geltenden französischen Rechte zu beurtheilen; und nahm das Oberappellationsgericht bei seinem obenerwähnten Erkenntnisse an, daß der durch die verspätete Präsentation der Wechsel zur Zahlung im Domicil entstandene Schaden nicht vom Acceptanten, sondern vom damaligen Inhaber mithin von den aus dessen Rechte klagenden Klägern getragen werden müsse. Jedoch müsse dieses nach den Grundsätzen des französischen

---

[18]) Dieser Verlust durch die Wegnahme der Bank, der zunächst freilich das hamburg. Haus, auf dessen Bankkonto die Gelder standen, traf, mußte nämlich nach den darüber von den hamb. Gerichten constant befolgten Grundsätzen, die sich durch die Vorschrift des zur Zeit des Bankraubes in Hamburg geltenden Code civ. art. 2000 rechtfertigen, im endlichen Resultate von dem auswärtigen Remittenten der Gelder, die lediglich zu seiner Verfügung in der Bank bereit gehalten werden sollten, getragen werden.

Digitized by Google

Rechtes [19]) dann eine Ausnahme erleiden, wenn es dem damaligen Inhaber der Wechsel wirklich unmöglich gewesen sein sollte, dieselben zur Verfallzeit nach Hamburg zu befördern; daß jedoch die bloße Unterbrechung des gewöhnlichen Postenlaufes für sich allein denselben zu entschuldigen nicht vermöge, weil, wenn man sich damals im kaufmännischen Verkehr noch anderer Wege bedient haben sollte, es ihm obgelegen haben würde, auch seinerseits diese Wege einzuschlagen [20]). Da nun die Verzögerung an sich klar vorliege, so bedürfe es von Seiten der Kläger einer Rechfertigung derselben, und einer Nachweisung, daß diese Zögerung eine unverschuldete gewesen sei. Darüber ließ mithin das Oberappellationsgericht denselben noch den geeigneten Beweis nach; es ist aber dieser Beweis überall nicht versucht worden; und so haben sich die Kläger am Ende mit der Dividende aus den französischen Entschädigungsgeldern für die Bank begnügen müssen.

---

[19]) Dieses läßt nämlich in Folge seines allgemeinen Prinzips (Code civ. art. 1147, 8) den Inhaber des Wechsels, der die Zahlung zu spät eingefordert hat, dann noch unbedingt mit seinem Regresse gegen den Traffanten zu, wenn Zufälle ihm die zeitige Präsentation unmöglich gemacht haben. Pardessus élém. de jurispr. commerc. pag. 288. Vincens l. c. Tom. 2. pag. 209 — 16. Vgl. d. niederl. Handelsr. I. 7. Art. 100. Ob dasselbe auch nach unserm Wechselrechte gilt, ist eine andere Frage, die hier zu weit führt.

[20]) Vgl. d. niederl. Handelsr. a. d. eben angef. Orte.

Digitized by Google

XXVIII.

Große Haverei bei mit Ballast fahrenden Schiffen.

§. 1.

Da die ganze Lehre von der großen Haverei auf dem bekannten Princip der Lex Rhodia de jactu beruht: ut omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est, und die Hauptwirkung des Unterschiedes zwischen großer und particulärer Haverei sich darin zeigt, daß die in erstere fallenden Schäden und Kosten von Schiff und Ladung gemeinschaftlich getragen werden müssen, so gehört es allerdings zum vollständigen Begriffe der großen Haverei, daß die zu Abwendung der drohenden Gefahr gemachten Aufopferungen zum gemeinsamen Besten von Schiff und Ladung gemacht, und beiden zu Gute gekommen sein müssen [1]), und in diesem genaueren Begriffe kann freilich bei

[1]) Die hamburg. Assecur.-Ordn. Tit. 21. Art. 7. giebt den Begriff so an: Zu Rettung und Erhaltung Schiffs und Guts angewandte Unkosten, und in solchen Fällen entstandener Schade, welche über Schiff, Gut und Frachten vertheilt werden. Code de comm. art. 400. n. 8: les dommages soufferts volontairement et les dépenses faites, pour le bien et salut commun du navire et des marchandises. Codice per la Veneta mercantile marina P. 2. tit. 10. art. 1: tuttociò che riguarda propriamente la salvezza universale così del legno come delle merci. Es ist daher sehr ungenau, wenn

Digitized by Google

einem mit Ballast fahrenden Schiffe von großer Haverei nicht die Rede sein. — Indessen versteht sich diese Bedingung so sehr von selbst, daß es in Ansehung ihrer wohl nicht leicht genauerer Bestimmungen bedarf: der Hauptpunkt dagegen, und welcher die meisten Schwierigkeiten in der practischen Anwendung darbietet, besteht immer darin, daß die Beschädigungen und Kosten, welche zur großen Haverei gehören sollen, absichtlich zum Zweck der Rettung aus einer drohenden Gefahr veranlaßt oder aufgewandt sein müssen. Natürlich ist daher dieser Punkt sowohl in den Gesetzen als von Schriftstellern besonders hervorgehoben worden, und es haben dieselben häufig, neben den gegebenen allgemeinen Regeln, auch nähere Verzeichnisse darüber aufgestellt, welche Arten der Beschädigungen und Unkosten zur großen, und welche dagegen zur particulären Haverei gehören sollen [2]). So hat man sich denn gewöhnt, gewisse Schäden und Kosten schlechthin zur ersten, andere aber zur zweiten Klasse zu zählen, ohne dabei jener andern Bedingung, der Aufopferung zum gemeinsamen Besten des Schiffes und der Ladung, weiter Erwähnung zu thun; man sagt z. B. kurzweg: das Brechen der Maste und Ankertaue, das zufällige Stranden

---

es in der Russisch-Kaiserl.-Ordnung der Handels-Schiffahrt Th. 2. Art. 234. wenigstens in der Arndtschen Uebersetzung heißt: Die große und gemeinschaftliche Haverei des Schiffes oder der Waare oder Ladung, ist: wenn ein Schiff, oder Waare und Gut, Schaden und Verlust leidet, um das Schiff, oder die Leute, oder Waare und Gut zu retten.

[2]) Z. B. die hamburg. Assecur.-Ordn. Tit. 21. Art. 9. Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 8. §. 1795 — 1839. 1901 — 1906. Handelsgesetzbuch für d. Königreich d. Niederlande B. 2 Tit. 10. Art. 4 — 6.

Digitized by Google

des Schiffes, das Wegreißen eines Segels durch den Wind, u. dgl. sei nur particuläre: hingegen das Prangen, das Kappen eines Mastes oder Ankertaues, das absichtliche auf den Strand Setzen des Schiffes, die Unkosten für dessen Flottmachen u. s. w. seien große Haverei, und denkt bei diesen Regeln nicht weiter daran, ob das Schiff auch eine Ladung gehabt haben möge.

§. 2.

In diesem Sinn und Sprachgebrauch, wobei man den Unterschied bloß auf die Natur und Veranlassung der Schäden und Kosten bezieht, kann denn möglicher Weise auch bei einem mit Ballast fahrenden Schiffe von großer und particulärer Haverei die Rede sein [3]). Denn auch ein solches Schiff kann seine Masten und Anker durch Gewalt des Sturms verlieren, oder absichtlich kappen, zufällig auf den Strand gerathen, oder absichtlich darauf gesetzt werden, u. s. w. Freilich wird der ganze Unterschied, in so fern seine Wirkung sich bloß darin zeigt, daß die große Haverei von Schiff und Ladung gemeinschaftlich getragen werden muß, bei Schiffen, denen es an der Ladung fehlt, ohne alle practische Bedeutung bleiben: dies ändert sich aber, sobald demselben durch besondere Stipulationen noch irgend eine andere Wirkung beigelegt, und namentlich die Verbindlichkeit des Versicherers

[3]) Und wird auch wirklich ohne Anstand davon geredet. S. z. B. Benecke System d. Assecur. Th. 3. S. 44. Th. 5. S. 188. An letzterem Orte heißt es: Es ist unbillig, bei Schiffen die in Ballast ausgehen, aber für die Herreise auf Certepartige verfrachtet sind, die Fracht der beabsichtigten Herreise zu einer großen Haverei auf der Hinreise contribuiren zu lassen, welcher Forderung auch von den Rhedern auf Lloyds lebhaft widersprochen wird.

Digitized by Google

ganz oder theilweise davon abhängig gemacht wird. Durch dergleichen Stipulationen im Assecuranz-Contracte kann es bewirkt werden, daß die Frage, ob große Haverei vorhanden sei, auch in solchen Fällen, wo sie zwischen den Interessenten von Schiff und Ladung nicht vorkommen kann, doch in Beziehung auf das Verhältniß des Versicherers zum Versicherten wichtig wird, wo denn dieselbe, in Ermangelung näherer Vereinbarungen, nach denselben Regeln wie sonst, so weit selbige nur auf dieses völlig verschiedene Verhältniß anwendbar sind, wird beantwortet werden müssen. Wenn also z. B. ein in Ballast fahrendes Schiff mit der Clausel versichert würde, daß der Versicherer zwar die große, nicht aber die particuläre Haverei, oder doch nur bestimmte Procente dieser letztern ersetzen solle, so würden zur Beurtheilung der einzelnen vorgekommenen Schäden und Unkosten, die gewöhnlichen Grundsätze über den Unterschied beider Arten der Haverei anzuwenden sein: jedoch mit der Beschränkung, daß eine Aufopferung zum gemeinsamen Besten von Schiff und Ladung nicht mehr als Bedingung für das Dasein einer großen Haverei angesehen werden könnte, weil diese Bedingung sich nur auf die gemeinschaftliche Tragung der Schäden und Kosten durch Schiff und Ladung bezieht, im vorliegenden Falle aber nicht diese, sondern nur die Verbindlichkeit des Versicherers gegen seinen Versicherten in Frage steht. Mit andern Worten: Alle Schäden und Kosten welche, wenn das Schiff eine Ladung hätte, zur großen Haverei gehören würden, werden auch bei dem in Ballast fahrenden Schiffe dahin zu rechnen sein. Wenn also dasselbe etwa um einem Kaper zu entgehen, absichtlich auf den Strand gesetzt würde, so müßte der Versicherer den hieraus entstehenden Schaden als große Haverei zum Vollen bezahlen.

Digitized by Google

§. 3.

Diese Erwägungen werden zur Beurtheilung des nachstehenden Rechtsfalles dienen können:

Mehrere hamburgische Assecuranz-Compagnien, welche in den Bedingungen nach denen sie zeichnen sämmtlich die oben in der dritten Erörterung abgehandelte Clausel führten:

Wenn ein Schiff nicht gestoßen hat, so bezahlt die Compagnie bei Assecuranzen auf das Casco nur die Hälfte der particulären Haverei;

hatten auf das Casco eines Schiffes gezeichnet, welches nach der in der Police gemachten Angabe mit einer Ladung Holz nach Brest, von dort aber in Ballast nach Bordeaux gehen sollte. In Brest war es glücklich angekommen: als es aber nach seiner Entlöschung von dort nach Bordeaux ging, ward es von einem heftigen Sturm aus Westen überfallen, und mußte um das Scheitern an der Küste zu verhüten, anhaltend und heftig prangen, wodurch es nicht nur an den Segeln und Masten, sondern selbst am Rumpfe so sehr beschädigt wurde, daß es in Folge eines gehaltenen Schiffsraths nach Brest zurückkehrte, und nach seiner Ankunft daselbst eine Reparatur nicht rathsam schien, sondern das Schiff mit Einwilligung der Versicherer dort verkauft ward. Bei Aufmachung des Schadens brachte der hamburgische Dispacheur den Versicherern zwar die aufgelaufenen Unkosten ganz, den Schaden am Schiffe hingegen, dessen Belauf sich aus der Differenz des taxirten Werthes und des Kaufpreises ergab, und 3632 Mark Banco betrug, nur zur Hälfte zur Last, weil das Schiff nicht gestoßen habe, und also die obige Clausel eintrete. Der Versicherte aber, hiemit nicht zufrieden, klagte auf Bezahlung des vollen Schadens, indem er außer andern, — unhaltba-

Digitized by Google

ren — Gründen sich darauf berief, daß der ganze Schaden, zufolge der Verklarung des Schiffers durch das Prangen entstanden, und folglich eine große Haverei vorhanden sei, *) worauf die angeführte Clausel sich nicht erstrecke.

§. 4.

Die Versicherer behaupteten dagegen: da es wesentlich zum Begriffe der großen Haverei gehöre, daß die zur Rettung genommenen Maßregeln zum gemeinsamen Besten von Schiff und Ladung ergriffen worden seien, und dies namentlich in der hamburgischen Assecuranz-Ordnung so bestimmt werde, so könne bei einem mit Ballast fahrenden Schiffe überall keine große Haverei vorkommen; vielmehr seien auch die Beschädigungen, welche bei einem beladenen Schiffe zu

*) Nach hamburgischem Rechte wird der durch das Prangen dem Schiffe zugefügte Schaden entschieden zur großen Haverei gerechnet, wozu der Grund sich schon in den Statuten Th. 2. Tit. 14. Art. 35. findet. Nach dieser Verordnung und eben so nach allgemeinen Rechtsgründen, sollte freilich der für die Ladung aus dem Prangen entstandene Schaden ebenfalls in großer Haverei vergütet werden: es geschieht aber gewöhnlich nicht. Klefecker von der Havareigroßa, Göttingen 1798. S. 38. Benecke System d. Assecur. Th. 4. S. 29. Auch das preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 8. §. 1824. rechnet nur den dem Schiffe und dessen Geräthschaften durch Prangen zugefügten Schaden zur großen Haverei. In England hingegen wird derselbe gar nicht in großer Haverei vergütet. Benecke Treatise on the principles of indemnity in marine insurance, bottomry and respondentia. London 1824. S. 187 — 190. Dies Werk, welches wir bisher weder in unsern gelehrten Blättern angezeigt, noch sonst irgendwo angeführt gesehen haben, verdiente wohl größere Aufmerksamkeit als es bisher gefunden hat, da es viel besser und gründlicher ist, als das System des Assecuranz-Wesens.

Digitized by Google

dieser gehören würden, hier nothwendig particuläre Haverei, weil sie nur zum alleinigen Besten des Schiffes gereicht hätten. Zwar würden sie allerdings, wenn das Schiff eine Ladung gehabt hätte, den durch das Prangen entstandenen Schaden als große Haverei zum Vollen haben bezahlen müssen: allein dann würde sie auch nur derjenige Theil dieses Schadens getroffen haben, welcher bei der Vertheilung desselben in großer Haverei dem Schiffe zur Last geblieben wäre. Nun aber das Schiff mit Ballast gefahren sei, bleibe der ganze durch das Prangen entstandene Schaden eben so wohl wie jeder andere, zufällig entstandene, ganz dem Schiffe zur Last: es sei daher völlig angemessen, daß sie denselben so gut wie andere particuläre Haverei nur zur Hälfte ersetzten.

§. 5.

Dieser letzte Grund, obwohl vielleicht auf den ersten Anblick sehr scheinbar, kann indessen gar nichts entscheiden. Allerdings ist der Versicherer eines mit Ballast fahrenden Schiffes in so fern schlimmer daran, daß die zur Rettung desselben aus einer drohenden Gefahr absichtlich gemachten Aufopferungen ihm ganz zur Last bleiben, während bei einem beladenen Schiffe ein großer Theil derselben von der Ladung und deren Versicherern getragen werden muß [5]). Allein hierauf wird schon bei Bestimmung der Prämie Rück-

[5]) Dieser Nachtheil gleicht sich auch nicht etwa dadurch aus, daß dagegen der Versicherer eines mit Ballast fahrenden Schiffes nicht in den Fall kommen kann, den Eigenthümern der Ladung Etwas in großer Haverei vergüten zu müssen, z. B. zur Erleichterung des Schiffes geworfene Waaren nach Verhältniß zu ersetzen. Denn die in großer Haverei zu erstattenden Beschädigungen kommen bei der Ladung sehr viel seltener vor, als beim Schiffe.

Digitized by Google

sicht genommen, weshalb auch, um dies gehörig thun zu können, in neuerer Zeit manche Assecuranz-Compagnien es zur besondern Bedingung gemacht haben, daß es jedesmal eigends angezeigt werden müsse, wenn das zu versichernde Schiff mit Ballast fährt [6]). Für die Auslegung der vorliegenden Clausel würde aber dieses Verhältniß nur dann erheblich sein, wenn die Beschränkung der Bedingung: falls das Schiff nicht gestoßen hat nur die Hälfte des Schadens bezahlen zu wollen, auf die particuläre Haverei, ihren Grund darin hätte, weil die in die große Haverei gehörigen Schäden und Kosten dem Versicherer schon ohnehin nur theilweise zur Last fallen. Daß dies aber keinesweges der Grund jener Beschränkung sei, sondern dieser in ganz andern Umständen gesucht werden müsse, ergiebt sich aus dem, was oben in der dritten Erörterung über Zweck und Veranlassung der vorliegenden Clausel gesagt ist, und zeigt sich auch schon darin, daß ja doch, wenn das Schiff gestoßen hat, auch die particuläre Haverei zum Vollen bezahlt werden muß. Offenbar wird demnach bei der obigen Argumentation der Versicherer, der streitigen Clausel eine Rücksicht untergeschoben, die ihr ganz fremd ist.

§ 6.

Allein auch der von dem ursprünglichen vollständigen Begriffe der großen Haverei hergenommene Grund kann zufolge der obigen Bemerkungen nicht mehr für entscheidend gelten, seitdem einerseits der Sprachgebrauch sich so sehr dahin geneigt hat, den Unterschied zwischen großer und particulärer Haverei vorzugsweise nur auf die Natur und Veran-

---

[6]) M. Pöhls Zusätze zu seinen Bemerkungen über Havariegroße. Hamburg 1824. Anhang S. 50.

Digitized by Google

lassung der Beschädigung (ob absichtlich oder zufällig entstanden) zu beziehen, daß Schäden und Kosten, die aus diesem oder jenem bestimmten Grunde herrühren, bloß dieses Entstehungsgrundes wegen schlechthin große Haverei genannt werden; andrerseits aber die Beziehungen, in denen es auf diesen Unterschied ankömmt, durch die mancherlei bei den Assecuranzen eingeführten Clauseln, welche denselben berücksichtigen, mannigfaltiger geworden sind. Wenn das Erforderniß einer zum gemeinsamen Besten von Schiff und Ladung gemachten Aufopferung nur deshalb zum Begriff der großen Haverei gehört, weil ohnedem von einer Vertheilung der Schäden und Kosten über Schiff und Ladung nicht die Rede sein kann; so ist es auch natürlich, daß dieser Theil der Begriffsbestimmung dann hinwegfallen müsse, wenn eine solche Vertheilung gar nicht beabsichtiget wird, sondern andere Rücksichten die Frage nach dem Dasein einer großen Haverei veranlassen. Eben deshalb kann auch darauf nichts ankommen, daß doch die hamburgische Assecuranz-Ordnung das Erforderniß: zur Erhaltung Schiffs und Guts, in den Begriff der großen Haverei aufgenommen hat. Denn dies rührt eben daher, weil dieselbe noch überall keine andere practische Wirkung des Unterschiedes zwischen großer und particulärer Haverei kennt, als die der gemeinschaftlichen oder nicht gemeinschaftlichen Tragung der Schäden und Kosten. Es braucht daher kaum bemerkt zu werden, daß es in dem in neueren Zeiten so außerordentlich mannigfach ausgebildeten Assecuranz-Fache überhaupt nicht wohl angehe, die gegenwärtige Bedeutung und Anwendung eines, in täglichem lebhaften Gebrauch stehenden Kunstausdrucks, sogar in ihren feineren Schattirungen, nach einem fast hundert Jahr (1731) alten, für seine Zeit allerdings vorzüglichen, gegenwärtig

Digitized by Google

aber höchst unzulänglich gewordenen Gesetze bestimmen zu wollen.

§. 7.

Daß aber dagegen nach den neueren Ansichten, der Begriff der großen Haverei auch bei einem in Ballast fahrenden Schiffe Anwendung finden könne, ergiebt sich entscheidend aus einer Bestimmung, welche in den Bedingungen der hamburgischen Assecuranz-Compagnien vom Jahr 1800 vorkömmt. Diese Bedingungen, welche zwar nur ein Entwurf geblieben, aber doch, als die Arbeit einer ganzen Gesellschaft sachkundiger Männer, für den Sprachgebrauch und die gangbaren Begriffe eine wichtige Autorität sind, [7]) enthalten nemlich im Art. 6. folgende Clausel:

> Wer auf ein Schiff das mit Ballast fährt, versichern läßt, ist schuldig, diesen Umstand in der Police anzuzeigen, und werden alsdann die in große Haverei gehörenden Kosten zum Vollen, bei Ermangelung solcher Anzeige aber nur die Hälfte derselben ersetzt.

Diese Clausel spricht ganz deutlich die Meinung aus, daß alle die Kosten, welche bei einem mit Ladung fahrenden Schiffe zur großen Haverei gehören, auch bei einem mit Ballast fahrenden Schiffe ebenfalls dahin gerechnet, und von der particulären Haverei geschieden werden sollen. Dies ist aber für die Anwendung der gegenwärtig in Frage stehenden Clausel um so bedeutender, weil diese in den gedachten Bedingungen von 1800, unmittelbar vor der eben angeführten und in einem und demselben Artikel mit ihr steht.

---

[7]) S. von diesen Bedingungen Benecke System d. Assecur. Th. 1. S. 15. 16. Abgedruckt sind sie ebendaselbst Th. 3. S. 36—76, und der angeführte Artikel findet sich S. 43.

Digitized by Google

§. 8.

Aber selbst wenn man bei einem mit Ballast fahrenden Schiffe die zur Rettung desselben gemachten Aufopferungen nicht mit dem Namen große Haverei bezeichnen könnte, so würde doch jedenfalls das Grundprincip dieser Lehre für die Verbindlichkeit der Versicherer zum vollen Ersatze dieser Aufopferungen, ungeachtet jener Clausel entscheiden. Dies Princip ist kein anderes, als daß der zum Behuf der Rettung aus einer Gefahr gemachte Aufwand von denjenigen, denen zu Gute er gemacht worden ist, verhältnißmäßig ersetzt werden müsse. Hieraus folgt von selbst, daß derjenige Rettungs-Aufwand, welcher lediglich zum Besten des Versicherers gemacht worden ist, ohne weitere Rücksicht darauf, wohin derselbe übrigens gehören möchte, von diesem erstattet werden muß, was auch wohl überhaupt ein anerkannter Grundsatz des Assecuranz-Rechtes ist [8]). Im vorliegenden Falle sind aber die durch das absichtliche Prangen des Schiffes verursachten Beschädigungen desselben ein Rettungs-Aufwand, welcher gerade zum Besten des Versicherers gemacht worden ist, weil, wenn das Schiff an der Küste gescheitert wäre, der daraus entstandene Total-Schaden unzweifelhaft von ihm, seinem ganzen Belauf nach, hätte ersetzt werden müssen [9]). Der Versicherte hingegen hat gar keinen Vor-

[8]) Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 2234. Dort heißt es: Hauptsächlich aber muß der Versicherer diejenigen Kosten vertreten, welche bei sich ereignetem Unglücksfalle zum Besten der versicherten Sache verwendet werden müssen. Benecke a. a. O. Th. 4. S. 453 ff. Vergl. Pothier Traité du contrat d'assurance, par M. Estrangin. Paris 1810. p. 69 — 72.

[9]) Denn die in Frage stehende Clausel geht nicht auf den Fall eines eingetretenen Total-Schadens. S. Abhandl. III. §. 5.

Digitized by Google

theil von dem Prangen gehabt; vielmehr würde dasselbe, wenn der Versicherer den daraus herrührenden Schaden nur zur Hälfte erstatten müßte, zum offenbaren Nachtheil des Versicherten geschehen sein, der in Folge desselben nur einen theilweisen Ersatz erhielte, während er ohne diese Maßregel vollständig entschädigt worden wäre. — Demnach ist der Rettungs-Aufwand bei einem in Ballast fahrenden Schiffe, im Verhältniß zum Versicherer, wenn auch nicht nach der strengen Wortbedeutung, wenigstens dem Geiste des Rechts nach, große Haverei, und das führt zu demselben Resultate [10]).

§. 9.

Diesemnach wird es also im Ganzen als Regel anzusehen sein:

Daß wenn die Versicherer durch besondere Clauseln sich

---

[10]) Verbum ex legibus, sic accipiendum est, tam ex legum sententia quam ex verbis. l. 6. §. 1. D. de V. S. (50, 16.) L. S. init. C. de legibus. (1, 14.) Vergl. Vincens Exposition raisonnée de la législation commerciale, liv. 12. chap. 15. § 15. Hier heißt es von dem sehr ähnlichen Falle, wenn mit der Clausel franc d' avaries gezeichnet, allein ein Rettungs-Aufwand zu Abwendung eines totalen Schadens gemacht worden ist: Au fond ce ne sont pas là des avaries proprement dites, quoiqu'on leur donne ce nom; ce sont de véritables frais de sauvetage, et en conséquence, il est impossible que l'assureur soit dispensé de les payer quand ils lui évitent le délaissement. — Par une conséquence toute pareille, les avaries, ou plutôt les remboursemens de cette nature, ne doivent pas être soumis à la clause, qui accorde aux assureurs une franchise partielle de quelques pour cent; et du moins, à ma connaissance, cela est réconnu en plusieurs pays où cette clause est habituelle.

Digitized by Google

für gewisse Fälle vom Ersatze der particulären Haverei ganz oder theilweise losgesagt haben, sie dennoch die bei einem beladenen Schiffe zur großen Haverei gehörenden Schäden und Kosten, auch bei einem in Ballast fahrenden Schiffe zum Vollen zu erstatten schuldig bleiben. [11])

Das Oberappellations-Gericht trug daher kein Bedenken in dem oben angeführten Falle das Urtheil des hamburgischen Obergerichts, welches den durch das Prangen verursachten Schaden für große Haverei erklärt, und die Versicherer zur vollen Bezahlung desselben verurtheilt hatte, mittelst Erkenntnisses vom 5ten Januar 1824, in S. Rasper und Consorten c. Wübbe, dem Princip nach lediglich zu bestätigen, und ließ nur den Versicherern noch eine Nachweisung darüber nach, daß ein Theil des beim Schiffe vorgefundenen Schadens nicht Folge des Prangens, sondern rein zufälliger Beschädigungen sei.

§. 10.

Uebrigens folgt aus den bisherigen Erörterungen von selbst, daß wenn es, wie solches zuweilen Statt findet, gesetzliche oder herkömmliche Regel ist, daß der Versicherer beim Ersatze der particulären Haverei zwei oder drei Procente abziehen dürfe, die große Haverei hingegen diesem Abzuge nicht unterworfen sei, der gleiche Unterschied allerdings auch bei einem in Ballast fahrenden Schiffe in Ansehung des dafür gemachten Rettungs-Aufwandes beobachtet werden müsse.

[11]) Zwei neuere Schriftsteller (bei älteren wird man Etwas hieher gehöriges vergebens suchen) welche diesem Grundsatz beipflichten, sind M. Pöhls Bemerkungen über Haveriegroße. Hamburg 1823. S. 26. und Benecke Treatise in der in der folgenden Note vorkommenden Stelle.

Digitized by Google

Dies iſt auch keinesweges ungewöhnlich [12]), woraus ſich denn ein neues Argument für den obigen Grundſatz ergiebt.

---

[12]) S. Vincens in der Note 10 angeführten Stelle am Ende und Benecke Treatise etc. (oben Note 4) S. 473. Da das dort geſagte überhaupt die Anwendung des Begriffes der großen Haverei bei mit Ballaſt fahrenden Schiffen betrifft, ſo wird es erlaubt ſein die Stelle ganz herzuſetzen: It is the opinion of some, that when cables are cut, or other sacrifices made, to save a ship in ballast from an impending danger, and the loss amounts to less than 3 per cent. upon the value of the ship, this is not a charge upon the underwriter, because that only is general average, which is done to preserve the ship and cargo. But I am not of that opinion. For although in such a case there can be no general contribution, or general average in the usual sense of the word, yet the nature of the loss cannot be altered by the circumstance of there being no cargo on board; and the true meaning of the words „for the preservation of the ship and cargo“ is, for the preservation of the whole concern, which in that case consists of the ship and the effects of the mariners.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Anzeige.

Criminalistische Beiträge. Drei Bände 1824 — 1827. Herausgegeben von M. H. Hudtwalker und C. Trummer. Hamburg, bei Fr. Perthes.

Der Zweck dieser Zeitschrift, welche eine jüngere Schwester des trefflichen Archivs für das Criminalrecht heißen mag, ist Mittheilung von Auszügen aus der ausländischen criminalistischen Literatur und von practischen Abhandlungen nebst interessanten Criminalfällen aus und für Deutschland, mit besonderer Rücksicht auf Hamburg und dessen Nachbarstaaten. Um zu zeigen, in wiefern der hier kurz angedeutete Zweck erreicht und vielleicht noch mehr geleistet als versprochen worden, bedarf es einer Erwähnung der vorzüglichern oder wichtigeren Artikel. Wir rechnen dahin den Aufsatz über die Strafgesetzgebung der spanischen Cortes (das Einzige, was in Deutschland hierüber bekannt geworden), mehrere Abhandlungen und Auszüge aus ausländischen Werken über das Gefängnißwesen in England und Frankreich zunächst, und allgemein auch in andern Ländern in und außerhalb Europa's, die Strafgesetze der Republik Columbia, einen Aufsatz über John Millers Werk von der englischen Criminalgesetzgebung, über Tretmühlen (wovon sich die ersten deutschen umständlicheren Nachrichten, auch über deren wirkliche Anwendung in Hamburg in dieser Zeitschrift finden), nebst mehreren kleineren Notizen aus englischer und französischer Literatur, insbesondere auch in Hinsicht auf gerichtliche Medicin.

Nächstdem wurden außer mehreren interessanten deutschen Criminalfällen, namentlich zur Aufhellung der neuen Philosopheme von einem verborgenen Wahnsinn, selbstständige Abhandlungen über den practischen Nutzen des Unterschiedes zwischen Verbrechen und Vergehen, über den Diebstahl nach dem ältern Rechte von Hamburg, Lübeck und Bremen, über die Verbindung oder Trennung der Civil- und Criminalgerichtsbarkeit, über die Zulässigkeit der Todesstrafen, über das Verfahren der academischen Gerichte, über den Begriff der Nothzucht nach dem baierschen Strafgesetzbuche mitgetheilt. Den Beschluß macht eine Erörterung über den geheimen Mord kleiner, besonders unehelicher Kinder in großen Städten, und über die Mittel, demselben zu steuern, welche sich an die Erzählung eines merkwürdigen Rechtsfalls anknüpft, und ein ausführlicheres practisch-fruchtbarer Versuch, das Strafrecht auf die Idee eines vollkommenen Staates zu begründen.

Digitized by Google

Digitized by Google